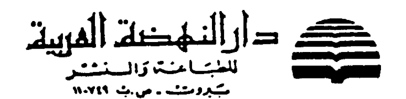
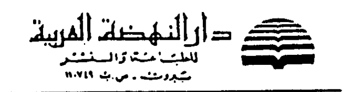
الحقوق العينية الأصلية

في القانون المصري واللبناني

دكتور نبيل ابراهيم سعد

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض
رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة بيروت العربية





* الإدارة: بيروت، شارع مدحت باشا، بناية كريدية، تلفون: 866271
818705 / 818704
برقياً: دانهضة، ص. ب 749-11
تلفاكس 232-4781-212-001

* المكتبة: شارع البستاني، بناية اسكندراني رقم ٣، غربي الجامعة العربية، تلفون: 818703/316202

* المستودع: بئر حسن، تلفون: 833180

الحقوق العينيّة الأصليّة

في القانون المصري واللبناني



بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيـــد

تتعلق هذه الدراسة بموضوع هام من موضوعات القانون المدني ألا وهو الحقوق العينية الأصلية. وينصرف إصطلاح الحقوق العينية الأصلية إلى حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق.

وهذه الدراسة لا تتناول سوى الملكية الخاصة، أو ما يطلق عليها «الملكية الفردية» وهي التي تثبت لشخص من أشخاص القانون الخاص، طبيعياً كان أو معنوياً.

وقد نظم القانون المدني المصري الحقوق العينية الأصلية في الكتاب الثالث من القسم الثاني في المواد ٨٠٢ ـ ١٠٢٩ وفي القانون اللبناني نظم المشرع الحق العيني العقاري بالقانون رقم ٣٣٣٩ في ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠ والمسمى بـ «قانون الملكية العقارية» علاوة على المادة ٥٣٩ موجبات وعقود التي أقرت ضمناً وجود حق الاستعمال وحق السكنى، والمادة الأولى من القرار رقم ١٢ .L.R في ١٥ كانون الثاني سنة ١٩٣٤ بشأن نظام المساقاة، وأخيراً قانون إزالة الشيوع رقم ١٦ الصادر في ٦ آذار سنة ١٩٨٢، وقانون تنظيم الملكية المشتركة في العقارات المبنية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٨٨ في ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣.

وتنقسم هذه الدراسة إلى قسمين رئيسين: ـ

القسم الأول: أحكام الحقوق العينية الأصلية

القسم الثاني: مصادر الحقوق العينية الأصلية



مقدمة

نعرض في هذه المقدمة لكل من الحق العيني والحق الشخصي لنقف على التفرقة بينهما، ثم نتعرف بعد ذلك على خصائص الحق العيني، وأخيراً نتساءل عما إذا كانت الحقوق العينية قد وردت على سبيل الحصر أم لا؟

أولاً: الحق العيني والحق الشخصي: ـ

يعرف الحق بصفة عامة بأنه الاستئثار الذي يقره القانون لشخص، ويكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر»[1]. فجوهر الحق هو الاستئثار، هذا الاستئثار يتجسد في صورة تسلط على شيء معين كما هو الشأن في الحق العيني. هذا الاستئثار والتسلط يكشف عن الصلة المباشرة بين صاحب الحق ومحل الحق. فصاحب الحق يستطيع أن يمارس كافة السلطات التي يخولها له الحق دون وساطة أحد. أما الحق الشخصي فجوهره أيضاً الاستئثار ولكن هذا الاستئثار لا يعطي لصاحبه إلا اقتضاء أداء معين من شخص آخر. فصاحب الحق لا يستطيع أن يصل إلى حقه إلا عن طريق شخص آخر، فالحق الشخصي يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين.

فمناط التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي يكمن في محل الحق. فالحق العيني يرد مباشرة على شيء معين، أما الحق الشخصي فإنه يرد على عمل معين.

---

(١) انظر في تفصيل هذا التعريف، نظرية الحق، للمؤلف، بيروت ١٩٩٤، ص ٨.

والحق العيني الأصلي هو الحق المقصود في ذاته ولذاته لما يخول من منافع اقتصادية. ويقابله الحق العيني التبعي، وهو حق يتقرر على عين أو أعيان معينة ليعمل على ضمان الوفاء بالتزام معين[1]. فهذا الحق غير مقصود لذاته، حيث أنه لا يخول لصاحبه التمتع بمنافع الشيء كلها أو بعضها، وإنما لما يحققه من ضمان. فالحق العيني التبعي يقتصر أثره على مظهر من مظاهر الشيء هو قيمته المالية فيكون لصاحبه أن يستوفي دينه من قيمة الشيء المالية.

الحق العيني الأصلي يخول صاحبه؛ بحسب الأصل، السلطات التي تمكنه من الحصول على كل منافع شيء معين، كحق الملكية التامة، أو نسبة من هذه المنافع، كالحقوق العينية المتفرعة عن الملكية. فالحقوق العينية الأصلية تتمثل في حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق. فحق الملكية يخول لصاحبه جملة السلطات التي يمكن أن يمارسها الشخص على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف، في الحدود التي يرسمها القانون لنطاق هذا الحق. أما الحقوق المتفرعة عن الملكية لا تخول إلا بعضاً من هذه السلطات.

وستتركز دراستنا على الحقوق العينية الأصلية مما يستلزم معه بيان خصائصها، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانياً: خصائص الحق العيني: حق التتبع وحق الأفضلية

من المسلم به أن أهم ما يميز الحق العيني في مواجهة الحق الشخصي أنه يعطي لصاحبه ميزتي التتبع والأفضلية. لكن هل هذه الميزة عامة بالنسبة لكل الحقوق العينية، أصلية كانت أو تبعية، أم أنها قاصرة فقط على الحقوق العينية التبعية وحدها؟

والسبب في هذا التساؤل، من وجهة نظرنا، يرجع إلى أن وظيفة الحقوق العينية التبعية وجوهرها هو ضمان الوفاء بالتزام معين عن طريق ما

---

(١) انظر نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، ص ١٤.

تعطيه لصاحبها من أولوية، على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، في استيفاء دينه من القيمة المالية للشيء محل الحق العيني التبعي. ولصاحب الحق العيني التبعي أن يمارس هذه الأولوية على القيمة المالية للشيء محل الحق في أي يد يكون، أي يكون له حق التتبع. ولذلك فإن ميزتي الأفضلية والتتبع فيها أظهر وأوضح ما يكون.

أما الحقوق العينية الأصلية فإن وظيفتها وجوهرها هو التسلط على شيء معين للاستئثار بمنافعه الاقتصادية، كلها أو بعضها. لذلك فإن ميزتي الأفضلية والتتبع أقل وضوحاً لأنهما لا يظهران إلا عند منازعة صاحب الحق في حقه.

ولذلك قد ثار خلاف في الفقه حول هذا الموضوع. فنجد الإجماع ينعقد على أن الأفضلية والتتبع يعتبران من صميم الحقوق العينية التبعية لارتباط ذلك بوظيفتها وجوهرها. أما بالنسبة للحقوق العينية الأصلية فاختلف الفقه بصددها، فمن الفقهاء ما يرى أن ميزتي التتبع والأفضلية لا ينصرفان إلى هذا النوع من الحقوق[١]. ومنهم من يرى أن الحقوق العينية الأصلية تتضمن حق التتبع فحسب دون حق الأفضلية الذي يظل قاصراً على الحقوق العينية التبعية[٢].

ونحن نرى، مع غالبية الفقهاء[٣]، أن الحقوق العينية جميعها تخول

(١) انظر Chauveau; classification nouvelle des droits réels et personnels., Rev. Crit. leg. Jur. 1931 pp. 539-612 note no 10; Bonnecase, Supplement au traité de Baudry-Lacantinery, T.V. no 105.

شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العيني، ١٩٥٩، فقرة ١٥، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٥٩، فقرة ٣ وهو يسلم بحق التتبع بالنسبة للحقوق العينية الأصلية المتفرعة من الملكية دون حق الملكية ذاته وكذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٨، حقوق الملكية، ١٩٦٧، فقرة ١١٩.

Planiol-Ripert et Picard, Traité pratique de droit civil, 2ed éd., 1952, no 45.

(٣) - Beaudant, Cours de droit civil français, 2e édit t 4, les biens, par Voirin, 1938, no 43 p. 67 et S- =

لمن تتقرر له حق التتبع والأفضلية دون تفرقة في هذا بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، والفارق بينهما ينحصر فقط في درجة ظهور أو وضوح كل من حق التتبع وحق الأفضلية.

وذلك كله يرجع إلى جوهر وطبيعة الحق العيني ذاته، فهو يتمثل في سلطة مباشرة على شيء معين، بحيث يكون لصاحبه أن يباشرها دون وساطة شخص آخر. مقتضى ذلك،، أولاً، أن يكون لصاحب الحق أن يتتبع الشيء محل الحق في أي يـد يكون ويتمسك بحقه ضد كل من يحوز الشيء، أياً كان سند هذه الحيازة، هذا هو حق التتبع، ثانياً، أن يكون لصاحب الحق أن يستأثر وحده بسلطاته كاملة على الشيء دون مزاحمة من أحد، هذا هو حق الأفضلية.

على ذلك فإن حق التتبع وحق الأفضلية ليسا إلا ميزة أو مكنة تقتضيها طبيعة الحق العيني ذاته. كما أنهما خاصيتان تتصلان بجوهر الحق وليسا سلطة خارجية تضاف إليه(١).

إذا كان من جوهر الحق العيني التتبع والأفضلية فإنه بذلك يمثل خطراً على الغير حسن النية: فقد يتعاقد هذا الغير على الشيء وهو غير عالم بوجود حق عيني عليه لآخر. كما أن الدائن قد يرتضي ائتماناً للمدين استناداً لما في ذمته من أشياء يعتقد أنها مملوكة ملكية خالصة له غير عالم بوجود حقوق

= J. Derruppé, la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de creance, Th-
Toulouse, 1952, préface. J. Maury, no 181-184.

وانظر في مصر، محمد علي عرفة، حق الملكية، جـ١، ١٩٥٤، فقرة ٤، اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، جـ١. حق الملكية، ١٩٦١، فقرة ٣، حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها ١٩٩٣، فقرة ٨، ص ٢١، عبد المنعم فرج الصـدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٨، فقرة ٣، ص ٧، توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨، فقرة ٤ ص ٢٠.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣ ص ٧، ٨.

عينية عليها لآخرين. لذلك اقتضى الأمر وضع نظام يكفل حماية الغير حتى لا يفاجأوا بوجود حقوق عينية يجهلونها. هذا النظام يختلف باختلاف طبيعة محل الحق العيني، فيما إذا كان عقاراً أو منقولاً.

ففي العقار تنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري على ضرورة تسجيل جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية، الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام المثبتة لشيء من ذلك، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن. أما التصرفات المقررة أو الكاشفة لحقه من تلك الحقوق، فيجب تسجيلها كذلك، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير (م ١٠ من قانون الشهر العقاري) وبالنسبة لحق الإرث توجب المادة ١٣ من هذا القانون شهره إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية، وإلى أن يتم التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق.

وبالنسبة للحقوق العينية التبعية فيجب، كقاعدة عامة، إن كان محلها عقاراً، أن تقيد حتى تكون نافذة في حق الغير (م ١٠٥٣، ١٠٩٠ و١١١٤ ـ ١١٤٩ مدني مصري).

وفي القانون اللبناني تنص المادة ١٠ من القرار ٨٨ السنة ١٩٢٦ (المعدلة بالقرار رقم ٤٥/ل. في ٢٠ نيسان لسنة ١٩٣٢) الخاص بإنشاء السجل العقاري، على أن كل اتفاق بين فريقين، سواء أكان مجاناً أو ببدل، وكل حكم مكتسب قوة القضية المحكمة، وبصورة عمومية كل حدث يرمي إلى إنشاء حق عيني أو نقل ذلك الحق أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه، يجب أن يعلن عن تقييده في دفتر الملكية. وكذلك الأحكام المعلنة للإفلاس والأحكام المعلنة لافتتاح التصفية القضائية، فيما يختص بالحقوق العينية غير المنقولة الداخلة في المقتنى».

كما تنص المادة ١١ من ذات القرار على أن «الصكوك الرضائية

والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة بين المتعاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها. ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاويهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم...».

أما في المنقول الذي لا يستقر، كقاعدة عامة، في مكان واحد ويصعب تعيينه تعييناً ذاتياً[1]، لم يتبع المشرع بصدده إجراءات شهر معينة كما فعل بالنسبة للعقار وإنما قرر نظاماً آخر يتلاءم مع طبيعته. هذا النظام يرتكز على أن الحيازة في المنقول بسبب صحيح وحسن نية تعد سنداً للحائز. (م ٩٧٦ مدني مصري).

ثالثاً: هل الحقوق العينية وردت على سبيل الحصر؟

هذه مشكلة قديمة حديثة. فقديماً كان جمهور الفقهاء يعتبر هذه نتيجة طبيعية للتفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي. وذلك على أساس أن الحقوق الشخصية لا تخضع لحصر أو لعد، فالإرادة قادرة على إنشاء ما تشاء من حقوق والتزامات بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب. أما الحقوق العينية فقد وردت في القانون على سبيل الحصر ولا سلطان للإرادة في إنشاء حقوق عينية جديدة. والسبب في هذا الاختلاف بين النوعين من الحقوق يرجع، أولاً، إلى نسبية أثر الحق الشخصي مما يسمح بإعطاء الإرادة سلطة في إنشاء هذه الحقوق في حدود النظام العام والآداب. أما الحق العيني فهو مطلق يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة، وبالتالي لا يمكن إخضاع الكافة لاتفاق بين الأفراد ينشىء حقاً عينياً لم ينص عليه القانون[2]. ثانياً: أن نظام الملكية والحقوق العينية، أصلية كانت أو تبعية، من الأمور المتعلقة

---

(١) بالنسبة للمنقولات التي يمكن تعيينها تعييناً ذاتياً كالسفن والطائرات والسيارات. يتبع بصددها إجراءات شهر معينة.

(٢) - Ripert et Boulanger, d'après le traité de planiol, 1957, t. II, no 2168, p. 739.
شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٦، ص ٣٠ وما بعدها.

بالنظام العام[1] ولهذا لا يوجد للإرادة سلطان في هذا المجال.

وبالرغم من ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن للإرادة مطلق السلطان في إنشاء الحقوق الشخصية والحقوق العينية على حد سواء طالما التزمت حدود النظام العام. ويرى هؤلاء الفقهاء أن نصوص القانون المدني لا تتعارض مع إمكان إنشاء حقوق عينية جديدة أو تغيير طابع الحقوق التي أوردها القانون عن طريق التعديل أو التجزئة لحق الملكية[2]. ويشار في هذا الصدد إلى حكم قديم جداً صادر من غرفة العرائض في ١٣ فبراير ١٨٣٤[3].

ثم عادت هذه المشكلة تفرض نفسها بشدة من جديد بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية وخاصة بعد أن نظمه المشرع الفرنسي لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠. ويذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن عقد البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ينقل بعض خصائص الملكية في شكل حق عيني، الذي يتحتم تحليله على أنه تجزئة لحق الملكية[4] وذلك على غرار القانون الألماني. بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى أن الحرية التعاقدية في إنشاء حقوق عينية جديدة يصطدم بعقبتين، الأولى، طالما أن الأمر يتعلق بحق عيني مطلق

---

(١) - Beaudant, Cours de droit civil français, t. IV, op.cit. no 70 p. 63.

(٢) - Baudry-Lacantinerie et chauveau, Traité théorique et pratique de droit civil, des biens, 3e édit 1905, no 193

F. Gény., Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif, 2e édit. Vol.I, no 80 p. 183, note 2 et Vol.II., o. 154, note 2; Science et technique en droit privé positif, Vol.III, no 208 p. 131-135; Planial et Ripert et Picard op. cit, no 48 p. 54-55.

وفي مصر عبد المعطي الخبال، الأموال، فقرة ٩٥ (كتاب لم يكمل) مشار إليه في إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤ ص ١١ هامش ٢، أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الرهن الرسمي، ١٩٧٠ فقرة ١١ ص ٥١ حيث يرى أن هذه التأمينات ليست واردة على سبيل الحصر، ولكن هناك تأمينات أخرى وردت في مواضع أخرى.

(٣) S. 1834, I. 205; D.P. 1834, I. 118 et D. Jur. gen. Vo propriété no 68 note 1.

(٤) chr. Atias, Droit civil, les biens, vol.I. 1980 p. 81 et S.; M. Pédamon, la réserve de propriété en droit Allemand et en droit français, in Rev. jur. com. numéro. spécial fév. 1982.

فإنه يقع على عاتق الكافة التزاماً باحترامه. وهذا يصطدم بمبدأ نسبية أثر العقد المنشيء له. الثانية إن إنشاء حقوق عينية مرتبط بصفة عامة بتوافر وسائل فنية حديثة للشهر والعلانية وذلك حتى يتسنى للغير العلم به[1]، هذه الإجراءات لا يمكن أن تتم، بصفة عامة، إلا بالنسبة للحقوق والتصرفات التي تتضمنها الطوائف المنصوص عليها في القانون[2] وبالرغم من ذلك فإن المشكلة ما زالت قائمة وما زال الفقه مختلف بشدة بصددها لما تثيره من مشاكل في الحياة العملية[3] ولذلك يصعب ترجيح رأي على آخر. كما يبدو لنا أن الخشية من إعطاء الإرادة سلطان في إنشاء حقوق عينية جديدة ليس هناك ما يبرره من الناحية العملية.

خطة الدراسة:

تنقسم هذه الدراسة إلى قسمين رئيسيين: -

القسم الأول: أحكام الحقوق العينية الأصلية.

القسم الثاني: مصادر الحقوق العينية الأصلية.

---

(١) G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, T. II, Vol.I les biens, no 8; Y. Laussouaran, le transfert de propriété par l'effet des contrats, Cours doctorat, Paris, 1969, p. 13 et s-

(٢) A. Weill, Droit civil, les biens, No 10.

وقد استشهد هؤلاء الفقهاء بقانون أول يونيو ١٩٢٤ والذي نص بصدد الإلزاس واللورين على أنه «لا يعتد بالحقوق العينية العقارية، إلا بما نص عليه القانون الفرنسي فقط».

(٣) انظر في تفصيل أكثر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ١٦٨ وما بعدها.

القسم الأول
أحكام الحقوق العينية الأصلية

نعرض في هذا القسم، في باب أول، لحق الملكية، وفي باب ثان، للحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.

الباب الأول
حق الملكية

ـ الملكية المفرزة والملكية الشائعة:

الصورة العادية والمألوفة للملكية الخاصة هي التي يكون الشيء المادي مملوكاً لشخص واحد، بحيث يخول فيها الحق صاحبة السلطات التي تمكنه من الحصول على كل منافع أو مزايا الشيء محل الحق. ولكن قد يكون الشيء المادي مملوكاً لأكثر من شخص، بحيث يكون محل حق الشريك هو حصة في المال الشائع كله غير منقسم. هذه هي الملكية الشائعة، وفي مقابل هذا الاصطلاح يطلق على الملكية في صورتها العادية «الملكية المفرزة»[١].

وعلى ذلك سنفرد الفصل الأول للقواعد العامة في الملكية، وهي التي تتعلق بالملكية العادية أو المفرزة، ثم ندرس بعد ذلك في الفصل الثاني، الملكية الشائعة وذلك للوقوف على القواعد المنظمة للمسائل الناشئة عن حالة الشيوع، أي عن تعدد الملاك على الشيء الواحد.

---

(١) قارن منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، ١٩٦٥، فقرة ١ ص ٧.



الفصل الأول
القواعد العامة في الملكية

في هذا الفصل نعرض، في فرع أول، للتعريف بحق الملكية، ثم بعد ذلك، في فرع ثان، نحدد نطاق هذا الحق.

الفرع الأول: التعريف بحق الملكية:

في هذا الفرع نود أن نتعرف على حق الملكية سواء من حيث تطوره، أو من حيث ماهيته، أو من حيث خصائصه، وأخيراً نقف على عناصره.

أولاً: تطور حق الملكية:

ـ جدلية التطور في نطاق الملكية وانعكاساتها:

في الواقع أنه لا مجال هنا لتعقب مراحل تطور الملكية، إذ أن دراسة فكرة أصل الملكية ومشروعيتها، وتبريرها والمراحل التاريخية لتطورها يعد من الأمور التي تخرج عن نطاق دراستنا وتدخل في نطاق الدراسات التاريخية والاقتصادية والاجتماعية.

ويبدو أن الملكية بدأت في الجماعات القديمة، ملكية جماعية للقبيلة، ثم للعائلة، وفي نهاية المطاف ظهرت الملكية الفردية أو الخاصة.

وقد بلغ الأمر ذروته عندما أصبح مبدأ الملكية الخاصة أمراً مسلماً وحقاً مقدساً في طليعة الحقوق الطبيعية

للإنسان[1] سواء ذلك فيما يتعلق بملكية وسائل الاستهلاك أو وسائل الإنتاج. فإعلانات حقوق الإنسان التي ظهرت بعد الثورتين الأمريكية والفرنسية كانت تنص على أن الملكية من الحقوق الطبيعية الأزلية للإنسان، على أساس أنها مظهر من مظاهر حرية الفرد وضمان من ضمانات تلك الحرية[2].

غير أن جدلية تطور الملكية لم تقف عند هذا الحد، فهاله التقديس التي أحاطت الملكية الخاصة والتي سادت طوال القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر تعرضت لهجوم عنيف زعزع الاعتقاد في أساسها، بل ظهرت نظريات أخرى تنكر مشروعية الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج وتنادى بالملكية الجماعية لهذه الوسائل، حتى تستطيع الدولة أن توجه الإنتاج الوجهة التي تتفق مع صالح المجموع.

فظهرت الملكية العامة لوسائل الإنتاج في النصف الأول من القرن العشرين إلى جانب الملكية الخاصة، ثم ما لبث أن يشرف القرن العشرين على نهايته إذ تعود السيادة مرة أخرى لمبدأ الملكية الخاصة وذلك بعدما انهارت النظم الشيوعية والاشتراكية في أوروبا الشرقية.

ومما يجدر ملاحظته أن هذا التطور كان له انعكاساته على نظام الملكية في مصر. ففي أعقاب ثورة يوليو ١٩٥٢ بدأ الوعي الاجتماعي يتزايد بضرورة تحقيق العدالة الاجتماعية عن طريق إعادة توزيع الثروات والقضاء على الاستغلال والاحتكار. فقامت السياسة الاقتصادية للبلاد على انتهاج سياسة التخطيط للاقتصاد وملكية الدولة لوسائل الإنتاج فصدرت قوانين يوليو ١٩٦١ الشهيرة. فصدرت التشريعات بتأميم المنشآت وإشراك الدولة في رأسمالها مما أدى إلى إفساح المجال للملكية العامة إلى جانب الملكية الخاصة، في منتصف السبعينات انتهجت مصر سياسة الانفتاح الاقتصادي

(١) حسن كيرة المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٤٢.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٣.

لتنتعش مرة أخرى الملكية الخاصة. ثم تصاعدت سياسة الإصلاح الاقتصادي في الثمانينات ليتزايد معها نطاق الملكية الخاصة على حساب الملكية العامة. وهكذا يبدو لنا أن جدلية التطور في نطاق الملكية تقوم على التنازع وتناوب السيادة بين الملكية الخاصة والملكية العامة. كما أن تطور الصياغة القانونية في هذا الصدد قد اتسم أيضاً بالجدلية بين الإطلاق والتقييد لحق الملكية. وهكذا ستظل الملكية في تطورها خاضعة دائماً لهذه الجدلية.

ثانياً: ماهية حق الملكية:

بالرغم من أن التعريفات تعد أصلاً من عمل الفقه، إلا أن المشرع في بعض الأحيان يتدخل ويضع تعريفات قانونية لبعض الأمور.

وهكذا فعل المشرع المصري حيث تصدى في التقنين المدني لوضع تعريف لحق الملكية في المادة ٨٠٢ والتي تنص على أن «لمالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»[١].

هذا التعريف يركز على العناصر المكونة لحق الملكية، أي السلطات التي تكون للمالك على الشيء، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف. كما أن هذا التعريف يبز الاستئثار والتسلط باعتبارهما جوهر الحق، فينص على أن «لمالك الشيء وحده» وبذلك يكشف عن أن حق الملكية حق جامع مانع، فالسلطات التي يخولها هذا الحق تكون مقصورة على صاحبه.

وأخيراً هذا التعريف يكشف بجلاء أن لمالك الشيء كل السلطات الممكنة التي يخولها الحق ولكن في حدود القانون. فهذه السلطات ليست مطلقة بل مقيدة بما يقرره القانون سواء كان تشريعاً أو عرفاً أو أية قاعدة

(١) ويبدو أن المشرع قد تصدى لتعريف حق الملكية في التقنين المدني الجديد ليتلافى عيوب التعريف الوارد في القانون المدني السابق وبصفة خاصة أن هذا القانون لم يأخذ بعبارة القانون الفرنسي كاملة في هذا الصدد، وخاصة عبارة «بشرط ألا يستعمله استعمالاً تحرمه القوانين واللوائح، وكذلك تجنب المشرع استخدام لفظ التصرف «بطريقة مطلقة».

قانونية أخرى أياً كان مصدرها، من أحكام تحدد نطاق تلك السلطات.

في القانون اللبناني عرفت المادة ١١ من قانون الملكية العقارية حق الملكية العقارية بأنه «حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة».

ويصدق على هذا التعريف ما سبق أن قلناه بصدد تعريف القانون المصري للملكية. وهذا التعريف يصدق أيضاً بالنسبة للملكية المنقولة[١].

ثالثاً: خصائص حق الملكية

حق الملكية يخول لصاحبة كل السلطات التي يخولها هذا الحق، الاستعمال والاستغلال والتصرف، فهو لذلك حق جامع. كما أنه يخول هذه السلطات لصاحبه وحدة، أي أن المالك يستأثر وحده بهذه السلطات الثلاث ولذلك فهو حق مانع.

كما أن حق الملكية يخول للمالك وحده كل السلطات التي يخولها الحق، وأن هذه السلطات تظل ثابتة له ما بقي الشيء الوارد عليه الحق، لذلك فهو حق دائم. ولكن هذا الحق لم يعد حقاً مطلقاً.

ولنر هذه الخصائص بشيء من التفصيل:

١ ـ الملكية حق جامع مانع:

هذه الخاصية مستمدة من مضمون حق الملكية ولا توجد في غيره من الحقوق ولذلك فهو خاصية جوهرية.

فالأصل أن حق الملكية حق جامع لكافة المزايا والمنافع التي يمكن

---

(١) والقانون المدني السوري قد تبنى تعريفاً مطابقاً لتعريف القانون المصري (م ٧٦٨ مدني سوري) القانون المدني العراقي كرس فكرة الإطلاق في المادة ١٠٤٨ مدني عراقي واشترط فقط أن تكون تصرفات المالك جائزة. وقد تبنى القانون الأردني الصياغة التي تبناها القانون العراقي. أما القانون الكويتي (م ٨١٠) والقانون الجزائري (م ٦٧٤) قد اتبعا سبيل القانون المصري في صياغته.

استخلاصها من الشيء، وهو حق مانع لغير المالك من مشاركته تلك المزايا أو المنافع.

لكن وصف حق الملكية بأنه جامع مانع لا ينفي ضرورة أن يتقيد المالك في ممارسته لسلطاته بكل ما في القانون من قواعد تحد من هذه السلطات تحقيقاً للمصلحة العامة أو للمصالح الخاصة.

وتتجلى هذه الخاصية عندما تتقيد سلطات المالك بما يقرره على الشيء للغير من حق عيني متفرع عن ملكية، كحق الانتفاع، إذ تظل هذه الخاصية قائمة ولا تتغير طبيعة حق المالك. فهذا الحق يبقى، مع وجود حق الانتفاع المقرر للغير، حق ملكية، ويطلق عليه في هذه الصورة إصطلاح «ملكية الرقبة»، وذلك لأنه ما زال حق مالك الرقبة قابلاً لأن يمتد بقوة القانون فيشمل كافة السلطات على الشيء بمجرد انقضاء حق الانتفاع[1] أما الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية فلا تقبل هذا الامتداد، فلا أمل للمنتفع في أن يجتمع لديه كافة السلطات على الشيء بمقتضى حق الانتفاع المقرر له وحده[2].

وكما أن الملكية، بحسب الأصل، تعطى للمالك وحده كافة السلطات. وتتحدد هذه السلطات فيما وراء ما هو مقرر من استثناءات. أما صاحب الحق العيني المتفرع عن الملكية فليس له إلا سلطات معينة فيمتنع عليه الاستفادة بما لا يتقرر له، وإذا ما انقضى ذلك الحق العيني عادت السلطات التي يخولها إلى المالك. كما أنه إذا ادعى شخص أن له سلطات على الشيء قبل المالك، كان على المدعي أن يثبت ذلك باعتبار أن ذلك خروجاً على الأصل.

وحق الملكية حق مانع، أي مانع لغير المالك من المشاركة في مزايا

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٩، ص ٦٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤، ص ١٠.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، في الموضع السابق.

الشيء، فالمالك يستأثر وحده بتلك المزايا. بمعنى أن قيام حق ملكية لشخص يمنع قيام حق ملكية آخر على ما يرد عليه الحق الأول. فلا يمكن أن تثبت كل السلطات على كل الشيء لكل من الشخصين في نفس الوقت، إذ يقوم التعارض بينهما[١]. ولذلك تعتبر هذه الخاصية نتيجة منطقية للخاصية المميزة للملكية وهي أنها حق جامع وبالتالي لا تعتبر خاصية ينفرد بها حق الملكية دون غيره من الحقوق الخاصة[٢].

٢ ـ الملكية حق دائم:

يمكن أن ينصرف دوام حق الملكية إلى معنيين، الأول أن هذا الحق يدوم بدوام محله، والثاني، أن هذا الحق لا يسقط بعدم الاستعمال. ومع ذلك يبقى عدة تساؤلات هامة، هل هذه المعاني مرتبطة بجوهر حق الملكية؟ وهل هذه المعاني تتسق مع أحكام القانون الوضعي؟ وأخيراً هل هناك ما يمنع من توقيت حق الملكية؟

ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أ ـ مدى دوام حق الملكية بدوام الشيء:

يرى بعض الفقهاء[٣] أنه يقصد بدوام الملكية أنها باقية ما بقي الشيء الذي ترد عليه ولا تنقضي إلا بهلاكه. فالملكية في ذاتها، مجردة عن شخص المالك، دائمة بمعنى أن الحق يظل باقياً على الشيء رغم انتقاله، فلا يتغير حينئذ سوى شخص المالك، ولا ينتهي الحق إلا بهلاك الشيء. فالملاك يتوالون على ملكية الشيء، الواحد بعد الآخر، دون أن يتخلل هذا التوالي أي فترة يكون فيها الشيء بغير مالك.

أما الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ليس لها صفة

---

(١) انظر توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٦٠.
(٢) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١١، ١٢.
(٣) انظر - Beaudant et Voirin, op. cit. no 284,
محمد علي عرفة، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٢٠٠، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٦٦.

الدوام التي لحق الملكية، فهي تنقضي نهائياً رغم استمرار وجود الشيء.

بينما يرى البعض الآخر أن صفة الدوام بهذا المعنى ليست مرتبطة بجوهر حق الملكية وإنما هي خاصية لهذا الحق بحسب ما يتحقق في الأغلبية العظمى من الحالات. فهذه الصفة لا تصدق إلا بالنسبة للعقارات دون المنقولات. ولا يجدي القول هنا باستثناء المنقولات من هذه القاعدة[١]. كما أن دوام الملكية بهذا المعنى لم يعد متفقاً مع أحكام القانون الحديث (انظر م ٨٧١ مدني مصري)[٢].

ب ـ حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال:

المعنى الآخر لدوام حق الملكية ينظر فيه إلى استعمال الحق، بمعنى أن وجود حق الملكية مستقل عن استعماله وبالتالي لا يمكن أن يسقط هذا الحق بعدم الاستعمال..

ولذلك نجد أن المشرع ينص على سقوط الحقوق المتفرعة عن الملكية بعدم الاستعمال (م ٩٩٥، ٩٩٨، ١٠١١، ١٠٢٧ مدني مصري) دون أن ينص على ذلك بصدد حق الملكية. وبناء على ذلك فإن دعوى الاستحقاق التي تحمي حق اللكية لا تسقط بالتقادم[٣].

وقد قيل في تبرير هذا الحكم أن الحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عن الملكية تقتطع من سلطات المالك ولذلك يجب أن تزول عن أصحابها بعدم الاستعمال حتى تعود للمالك سلطاته كاملة على الشيء فلا تبقى هذه السلطات موزعة بين عدة أشخاص. أما بالنسبة لحق الملكية فلا

---

(١) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ١٤ ص ٢٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٥٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٧ ص ١٩.

(٣) نقض ٢٩/ ١/ ١٩٨٠، الطعن رقم ٩٤٤ لسنة ٤٧ ق مجموعة المكتب الفني، س ٣١ ص ٣٦٠، وفيه تقرر المحكمة أن «حق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد الاستعمال مهما طال الزمن، ومن ثم فإن الحكم المقرر لهذا الحق لا يسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ...».

مبرر لسقوطه بعدم الاستعمال لأن أحداً لن يستفيد من هذا السقوط[1].

ويرى بعض الفقهاء أنه بالرغم من أن قاعدة عدم سقوط الملكية بالتقادم تعد من القواعد المقررة في القانون الوضعي، خاصة إذا ما روعي ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية في الوقت الحاضر[2]، إلا أن هذه القاعدة لا تقوم على أساس من جوهر الملكية، وإنما هي بقية من بقايا صفة الاطلاق التي كانت تتميز بها الملكية فيما مضى[3] بل إن المشرع قد خرج عليها في بعض الحالات[4].

جـ ـ توقيت حق الملكية:

يرى فريق من الفقهاء عدم توقيت الملكية. بعضهم يعتبر ذلك مرتبط بالمعنى الأول، وهو أن الحق يدوم بدوام محله ولذلك لا يتصور ـ مع بقاء هذا الشيء ـ أن تؤقت ملكيته بمدة معينة تنقضي بعدها نهائياً دون أن تثبت لشخص ما[5] وذهب البعض الآخر منهم إلى أن التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية، لأن هذا الحق يخول لصاحبه سلطة إعدام الشيء، ولهذا يكون الاتفاق على التوقيت باطلاً، ويستطيع المتصرف إليه أن يعدم الشيء قبل فوات المدة المتفق عليها فيصبح حق المتصرف لغواً[6].

ويذهب فريق آخر إلى أن الملكية تقبل التوقيت[7] على أساس أنه ليس

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٧٢.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٧، ص ٢١، ٢٢.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص ٥٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٧ ص ٢٢، وانظر عكس ذلك السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٣٣٠.

(٤) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ١٥ ص ٢٢.

(٥) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٢٢.

(٦) Ripert-Boulanger. op.cot., t.II, no 2255.
شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٣٢ ص ١٥١ هامش ١، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٣ ص ٢٥، السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٣٣١.

(٧) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٥٧، منصور مصطفى منصور، =

في طبيعة حق الملكية ما يحول دون توقيته بمدة معينة. وأن امتناع الاتفاق على توقيت حق الملكية في الحياة العملية لا يرجع إلى اعتبارات مستمدة من جوهر هذا الحق، وإنما مردها إلى اعتبارات عملية وهي تعرض حق المتصرف للخطر. كما أنه إذا كانت سلطة التصرف المادي في الشيء تؤدي إلى أن يكون وجود ملكية مؤقتة نادراً في العمل إلا أنه مع ذلك متصوراً. وفي نصوص القانون ما يواجه هذه الصورة بأحكام عملية (انظر م ٩٢٢، م ١٠٣٨ مدني مصري).

٣ ـ الملكية ليست حقاً مطلقاً:

في الفقه التقليدي كانت هذه الخاصية من أهم خصائص حق الملكية. فكان حق الملكية حقاً مطلقاً من حيث مضمونه ومن حيث استعماله. فكان للمالك كل السلطات المتصورة على الشيء كامله غير منقوصة. كما أن المالك حر في مباشرة هذه السلطات على النحو الذي يروق له ووفقاً لتقديره دون قيد عليه.

هذه النظرة لحق الملكية تعكس سيادة المذهب الفردي في ذلك الحين. وقد ظهرت هذه النزعة الفردية بشكل واضح في التقنين المدني الفرنسي عند وضعه، فنصت المادة ٥٤٤ عى أن الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء والتصرف فيه بطريقة مطلقة إلى أبعد حد de la manière la plus absolu. وقد انتقلت هذه النزعة إلى التقنين المصري القديم، حيث عرفت المادة ١١/٧، من هذا التقنين الملكية بأنها الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة..».

غير أن هذه النزعة الفردية، التي تضع حرية الفرد ومصلحته في مقدمة القيم التي يهدف القانون إلى حمايتها، أخذت تنكمش تدريجياً أمام المذاهب الاجتماعية التي أسهمت في انتشار النظم الاشتراكية. وفي ظل هذه المذاهب كثرت القيود التي تحد من حرية المالك لمصلحة الجماعة ولمصلحة غيره من

= المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٢٣.

الأفراد، وأصبح لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد فحسب، بل كذلك باعتبار أن لها وظيفة اجتماعية[1] وقد جاء التقنين المدني المصري الحالي مستجيباً لكل هذه الاعتبارات، وتجنب ما في النص القديم من مآخذ.

رابعاً: عناصر حق الملكية (سلطات المالك)

من التعريف السابق للملكية العادية، أي المفرزة، اتضح لنا أنها الحق العيني الذي يخول صاحبه، السلطات التي تمكن من الحصول على كل منافع شيء معين. ورأينا أن هذه السلطات لا تخرج عن استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه.

ولنر هذه السلطات بشيء من التفصيل.

١ ـ الاستعمال (L'usage):

ويقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما هو قابل له للحصول على منافعه، وذلك فيما عدا الثمار، مع عدم المساس بجوهر الشيء. كأن يسكن المالك دارة، أو يركب سيارته، أو يرتدي ملابسه، أو يزرع أرضه، إلى غير ذلك من وجوه الاستعمال المختلفة التي تختلف باختلاف طبيعة الشيء والغرض الذي أعد له.

والاستعمال يختلف عن الاستغلال في أنه لا يعطي لصاحبه الحق في الثمار، فاستعمال المنزل يكون بالسكن فيه، أما تأجيره فلا يعتبر استعمالاً بل استغلالاً إذ يخول المؤجر الحصول على الأجرة وهي من الثمار. لكن قد يختلط الاستعمال بالاستغلال، كما هو الحال بالنسبة إلى الأرض الزراعية ـ إذ يصعب أن نتصور استعمالها بغير زراعتها والحصول عى ثمارها. ولذلك إذا تقرر لشخص حق استعمال الأرض دون استغلالها، انحصر حقه في الحصول على ثمار الأرض بمقدار ما يحتاج إليه هو وأسرته فحسب (م ٩٩٦ مدني مصري).

---

(١) انظر من ذلك نقض ١٣/٦/١٩٨١ مجموعة المكتب الفني، س ٣٢ ص ١٧٩٥، ٢١/٢٢/١٩٨٢، نفس المجموعة، س ٣٣ ص ٩٨٤.

وإذا أدى استعمال الشيء إلى المساس بجوهره فإن ذلك يؤدي إلى اختلاط استعمال الشيء بالتصرف فيه، وهذا يتحقق فقط بالنسبة للأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال، كالطعام والنقود. ولذلك فإن تقرير حق استعمال عليها للغير يتضمن في نفس الوقت نقل ملكيتها إليه، إذ أن استهلاك الشيء لا يكون إلا للمالك. ولهذا السبب يعد عقد الفرض من العقود الواردة على الملكية (م ٥٣٨ مدني).

٢ ـ الاستغلال La Juissance:

ويقصد بالاستغلال القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشيء، أي للحصول على ثماره fruits.

ـ **والثمار** Les fruits بحسب الأصل، هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء. كمحصول الأرض الزراعية، وأجرة الأراضي الزراعية والمباني، وفوائد النقود. فمن خصائص الثمار إذن، **أولاً**، الدورية، ولا يشترط في هذه الدورية أن تكون في مواعيد ثابتة ومنتظمة، أو أن تكون مواعيد متقاربة. **ثانياً** عدم المساس بجوهر الشيء ذاته، ولا يعني هذا أن الشيء يظل محتفظاً بحالته بصفة مطلقة، إذ قد يترتب على استغلاله والحصول على ثماره الانتقاص من جودته أو من قيمته بمرور الزمن، فالأرض قد تقل خصوبتها، والماشية قد تضعف بسبب نتاجها.

وتنقسم الثمار إلى ثلاثة أنواع: ١ ـ ثمار طبيعية naturels وهي التي يغلها الشيء طبيعياً دون تدخل من جانب الإنسان، مثل كلأ المراعي الطبيعية، ونتاج الحيوان.

٢ ـ ثمار صناعية industriels أو مستحدثة وهي التي يغلها الشيء نتيجة لتدخل عمل الإنسان، مثل محاصيل الأرض الزراعية، والحدائق.

٣ ـ الثمار المدنية civils وهي الدخل الدوري المنتظم الذي يغله الشيء عن طريق قيام الغير بالوفاء به مقابل انتفاعه بهذا الشيء كإيجار المباني والأراضي الزراعية وفوائد النقد وأرباح الأسهم ولا يترتب على هذا التقسيم

نتائج قانونية تذكر إلا بالنسبة للثمار المدنية حيث أن الحائز حسن النية يتملك ما يقبض منها يوم فيوم، أما الثمار الطبيعية أو المستحدثة فإنه يتملك ما يقبضه منها من يوم فصلها (م ٩٧٨ مدني مصري).

ـ **أما المنتجات Les produites** فهي ما ينتجه الشيء في مواعيد غير دورية ويترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء. ومن أمثلتها المواد التي تستخرج من المحاجر أو المناجم التي لم تعد للاستغلال، والأشجار التي تقطع من غابات لم يتم إعدادها لهذا القطع، وعلى ذلك إذا تم إعداد الشيء وتهيئته من جانب المالك للاستغلال بحيث يصبح مصدر دوري منتظم للدخل، ولو أنه ينتقص من أصل الشيء فإن ما ينتج عنه يصبح ثماراً لا منتجات، وعلى ذلك فالأحجار التي تقطع من المحاجر والمعادن التي تستخرج من المناجم والأشجار التي تقطع من الغابات تعتبر ثماراً إذا كانت المحاجر والمناجم والغابات قد أعدت للاستغلال، ولكنها تعتبر منتحات إذا لم يكن هناك مثل هذا الإعداد(١).

وهذه التفرقة بين ثمار الشيء ومنتجاته لا أهمية لها إذا كان المالك هو الذي يقوم باستغلال الشيء، فله بحسب الأصل الحصول على كل منافع الشيء، إذ يكون له بحسب الأصل أن يحصل على الثمار والمنتجات (م ٨٠٤ مدني مصري وم ١٢ ملكية عقارية لبناني). وإنما تظهر أهميتها حينما يكون لشخص غير المالك الحق في الحصول على ثمار الشيء، كالمنتفع مثلاً، فيكون له أخذ الثمار دون المنتجات (م ٩٨٧ مدني مصري م ٤٠ ملكية عثارية لبناني) التي تبقى من حق المالك ـ وإذا كان الشيء في يد حائز حسن النية فإن هذا الحائر بكسب ما يقبض من ثمار (م ٩٧٨/ ١ مدني مصري) بينما تكون المنتجات من حق المالك.

---

(١) اسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٧٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٩ ص ٢٨، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٠، ص ٧٧، ٧٨، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٢٨.

٣ ـ التصرف La disposition

لمالك الشيء الحق في التصرف فيه.. وللتصرف في خصوص سلطة المالك على الشيء الذي يملكه مدلول أوسع من معناه الفني الدقيق. فالتصرف بمعناه الفني هو نقل ملكية الشيء أو إنشاء حق عيني آخر عليه. ولكن التصرف فيما يتعلق بسلطة المالك على الشيء يتجاوز ذلك ليشمل نوعين من الأعمال: الأول العمل المادي وهو العمل الذي ينال من مادة الشيء، باستهلاكه أو إعدامه أو التغيير فيه، وهذه السلطة لا تثبت لغير المالك، وبالتالي فهي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية. **والثاني**، العمل القانوني وهو ينصرف إلى التصرف القانوني في الحق، سواء كان هذا التصرف سيؤدي إلى زوال حقه كلياً، كأن يبيع الشيء أو يهبه، أو إلى الانتقاص ـ ولو مؤقتاً ـ من السلطات التي له على الشيء كأن يرتب عليه حق انتفاع للغير أو يرهنه[١].

وقد جرى الفقه التقليدي على اعتبار أن سلطة التصرف بنوعية، المادي والقانوني، مميزة لحق الملكية عن غيره من الحقوق العينية[٢] وقد كان هذا محل نقد من بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن سلطة التصرف المادي وحدها هي التي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق، أما التصرف القانوني فهو لا يرد على الشيء ذاته، وإنما يرد على الحق المقرر عليه. فهو ليس من العناصر المكون لحق معين، وإنما هو رخصة لصاحب أي حق في أن ينقل حقه، أو بعض ما يخوله له حقه من سلطات، إلى الغير[٣].

ومع ذلك فإن سلطة المالك في هذا الشأن أوسع مدى مما لغيره من أصحاب الحقوق الأخرى، إذ هي سلطة كاملة تشمل الرقبة والمنفعة

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ٣٠.

(٢) - Beaudant et Voirin, op.cit b.IV, no 333.

(٣) - Planiol et Ripert, par Picard, op.cit; t. III, no 218.

محمد على عرفه، المرجع السابق، ج ١ فقرة ١٦٢ ص ٢٥٤، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٢٦.

معاً[1]. ولذلك يمكن أن نتلمس من ذلك مبرراً لما جرى عليه الفقه من القول بأن سلطة التصرف، بنوعيه، تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق، فسلطته في التصرف القانوني أوسع مدى، فضلاً عن أن له وحده سلطة التصرف المادي[2].

الفرع الثاني: نطاق الملكية

بعدما تعرفنا على حق الملكية ينبغي علينا أن نحدد نطاق هذا الحق سواء عن طريق تحديد النطاق المادي لسلطات المالك، أو عن طريق بيان القيود، الإرادية أو القانونية، الواردة على حق الملكية.

المبحث الأول: النطاق المادي لسلطات المالك

نعرض في هذا المبحث لحدود محل حق الملكية، ثم نبين العناصر الجوهرية والملحقات والثمار والمنتجات، وأخيراً نبين نطاق ملكية الأرض من حيث العلو والعمق.

أولاً: حدود محل حق الملكية

يتحدد نطاق حق الملكية بالحدود المادية لمحل هذا الحق. فحق الملكية باعتباره حقا عينياً، يرد على شيء معين فوجود الحق يفترض بالضرورة أن يكون محله شيئاً معيناً بالذات، أي محدداً على نحو يميزه عن

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٧٠٢، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٩، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ٣٠.
عبد المنعم فرج الصدرة، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٣٠، مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني المقارن، حق الملكية، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٥ فقرة ٣٦ ص ٧٣.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٧٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق فقرة ١٠ ص ٣٠.

غيره من الأشياء[١].

وتحديد هذه الحدود لا يثير صعوبة إذا كان حق الملكية يرد على منقول. والسبب في ذلك طبيعة المنقول ذاته، حيث أنه يمكن نقله من حيزه دون تلف، وبالتالي يكون شيئاً منفصلاً انفصالاً مادياً عن غيره من الأشياء.

أما بالنسبة للعقارات، فإن اتصال حدود كل منها بحدود غيره قد يؤدي إلى صعوبة الوقوف على الحد الفاصل بين كل منها، مما يترتب عليه قيام المنازعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم لحقه. ولذلك نصت المادة ٨١٣ مدني على أن «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما».

والمقصود بوضع الحدود هو تحديد الحد الفاصل بين الملكيتين المتلاصقتين. يوضع علامات مادية لبيان معالم كل منها.

ويثبت الحق في وضع الحدود بقوة القانون بناء على حالة واقعية هي تلاصق الملكين المتجاورين[٢] والحق في وضع الحدود لا يسقط بالتقادم بل يبقى قائماً ما بقي التلاصق. ويتحقق هذا التلاصق بين الملكين المتجاورين حتى ولو فصل بينهما طريق خاص أو مجرى خاص. على العكس من ذلك لا يتحقق هذا التلاصق إذا فصل بين الملكية طريق عام أو مجرى عام.

والحق في وضع الحدود يقتصر فقط على مجرد وضع الحدود. فليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه، أي الاشتراك في بناء حائط يفصل بين الملكيتين (م ٨١٨/ ١ مدني مصري)[٣].

وينحصر أصحاب الحق في وضع الحدود في المالك وكل من له حق عيني على العقار، كالمنتفع وصاحب الارتفاق والدائن المرتهن. وعلى ذلك

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٣١.
(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١، ص ٣٢.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٦٣، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٣١.

لا يثبت هذا الحق لصاحب الحق الشخصي، كالمستأجر.

وتبدأ عملية وضع الحدود بالتحقق من مستندات الجارين ومطابقتها على الطبيعة للوقوف على الحد الفاصل بين ملكيتهما. فإذا ما تم ذلك تبدأ عملية وضع العلامات المادية لبيان معالم كل منها. فإذا تم ذلك باتفاق الطرفين يحرر به محضر يوقع عليه كل منهما، أما إذا لم يتم اتفاق فلكل منهما أن يرفع دعوى تعيين الحدود، التي يختص بها القاضي الجزائي، (م ٤٣/ ٢ مرافعات مصري، م ٨٦/٨ أصول محاكمات مدنية لبناني).

وتكون نفقات التحديد مناصفة بين الجارين، أو على حسب الرؤوس ولو اختلفت المساحات. وتقتصر هذه النفقات على نفقات العملية المادية، كنفقات وضع الحدود، من ثمن شراء الأوتاد ونفقات تثبيتها، ونفقات تحرير المحضر. أما ما يقتضيه التحديد من بحث في مستندات الملكية ومسح للأراضي، فإن نفقاته توزع على الملاك المتلاصقين بنسبة مساحة الأرض التي يملكها كل منهم[1].

ثانياً: العناصر الجوهرية، والملحقات، والثمار والمنتجات:

تنص المادة ٨٠٣/ ١ مدني مصري على أن «مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير».

فحق الملكية ينصب أساساً على أصل الشيء المملوك، ويدخل في هذا الأصل كل ما يعد من عناصر الشيء الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، فمالك البناء يملك جميع الإجزاء المكونة له من أسقف وأعمدة وأبواب وشبابيك، ومالك السيارة يملك جميع أجزائها وهكذا.

وتنص المادة ٨٠٤ مدني مصري على أن «لمالك الشيء الحق في كل

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، الموضع السابق، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، الموضع السابق.

ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».

وعلى ذلك فإن حق الملكية يشمل أيضاً ما يتفرع عن الشيء من ثمار ومنتجات. فالأصل أن الثمار والمنتجات تكون للمالك، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن تصبح ملكاً لشخص آخر وفقاً لما يقضي به الاتفاق أو ينص عليه القانون على النحو السابق بيانه.

ويمتد حق الملكية كذلك إلى الملحقات accessoires. وملحقات الشيء هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين. ومن أمثلتها العقار بالتخصيص، وحقوق الارتفاق، وما يتبع الأرض الزراعية من السواقي والمصارف وحظائر المواشي ومخازن الغلال ومساكن الفلاحين، وما يلحق بالمصنع من مخازن[1].

وفي القانون اللبناني تنص المادة ١٢ ملكية عقارية على «أن ملكية عقار ما تخول صاحبها الحق في جميع ما ينتجه العقار، وما يتحد به عرضاً سواء أكان ذلك الاتحاد أو الإنتاج طبيعياً أو إصطناعياً»[2].

ثالثاً: ملكية ما فوق الأرض وما تحتها: العلو والعمق:

تنص المادة ٢/٨٠٣ مدني مصري على أنه: «وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً».

ومن هذا يتضح أن ملكية الأرض لا تقتصر على سطحها، بل تشمل كذلك ما فوقها وما تحتها. فمالك الأرض له أن يستخدم الفضاء الذي يعلوها في إقامة ما يشاء من البناء أو من الغراس أو في مد الأسلاك. كما يحق له أن يمنع غيره من استخدامه، ولو كان ذلك على نحو لا يسبب له ضرراً يذكر.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٣٣، ٣٤.

(٢) وانظر نص المادة ٧٧ سوري مطابق للنص المصري، والمادة ١٠٤/١ عراقي موافقه للقانون المصري، وكذلك المادة ٢/١٠١٨ أردني والمادة ٦٧٦ جزائري. ونص المادة ٨١١ كويتي مطابق للنص المصري مع اختلاف طفيف في الصياغة.

فله أن يمنع الجار من البروز في الأدوار العليا فوق أرضه، وأن يطالب بقطع أغصان أشجاره الممتدة فوق أرضه، أو يمنع غيره من مد أسلاكه عبر ملكه.

كما أن مالك الأرض يملك أيضاً الطبقات التي تحتها، فله أن يستخدم ما تحت أرضه من طبقات فيستخرج منها الأحجار والرمال والأتربة، وأن يحفر فيها الآبار ويمد الأنابيب، وله أن يمنع غيره من استخدام هذا العمق، كأن يمنع الجار من مد أنابيب الصرف أو المياه عبر ملكه.

في القانون اللبناني تنص المادة ١٣ ملكية عقارية على أنه: «تشمل ملكية الأرض ملكية ما فوق سطح الأرض وما تحته وعليه فإن لمالك الأرض أن يغرس فيها ما يشاء من الأغراس، وأن يبني ما يشاء من الأبنية، وأن يجري فيها حفريات إلى أي عمق يشاء وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن أن تنتجه، ضمن التقييدات الناتجة عن القوانين والقرارات والأنظمة»[١] بل أن المادة ٧٣ ملكية عقارية ذهبت إلى أبعد من القانون المصري فأعطت لصاحب الأرض المجاورة الحق في أن يقطع بنفسه أغصان الأشجار المزروعة في أرض جاره إذا كانت تعلو أرضه دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء وذلك خلافاً للقاعدة المستقرة التي تقضي بأنه «لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه» «Nul ne peut se faire justice à soi-même».

وقد أكد المشرع مبدأ أن ملكية الأرض تشمل العلو والعمق بأن نص في المادة ١/٩٢٢ مدني مصري على أن «كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له». وهذا النص يعبر عن الغالب المؤلوف، حيث أن الأصل وفقاً للمألوف أن مالك الشيء بحكم تسلطه على ما يملك هو الذي

---

(١) انظر في هذا الصدد نص المادة ٢/٧٦٩ سوري مطابق للنص المصري، ونص المادة ٢/١٠٤٩ عراقي مع اختلاف في الصياغة، وكذلك نص المادية ٢/١٠١٩ أردني، والمادة ٦٧٥ جزائري، والمادة ٨١٢ كويتي وهذا النص يحيل في تحديد نطاق الملكية علواً وعمقاً إلى «.. الحد المألوف..».

يقيم ما به من منشآت. لكن هذا الأصل لا يمنع من أن تكون هذه المنشآت لشخص آخر وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ بنصها على أنه «ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها». وعلى ذلك فيمكن أن تكون ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما في جوفها من أشياء بمقتضى اتفاق كما هو الشأن في الحالة السابقة، وبحكم القانون، كما هو الحال بالنسبة لمواد المناجم والمحاجر كما سيأتي البيان. وقد أكدت المادة ٣/٨٠٣ هذا المبدأ بنصها على أنه «ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها»[١].

وفي القانون اللبناني تنص المادة ٢١٣ من قانون الملكية العقارية على «أن الأبنية والأغراس والمنشآت القائمة على أرض ما يفترض فيها أن صاحب الأرض قد أقامها على نفقته، وأنها تخصه، هذا إذا لم تقم البينة على عكس ذلك».

وبالنسبة لملكية الكنز نصت المادة ١/٨٨٢ مدني مصري على أن «الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك الرقبة» أما القانون اللبناني جاء بتنظيم خاص فيما يتعلق بالكنز، فنصت المادة ٢٣٧ من قانون الملكية العقارية على «أن الكنز الذي يعثر عليه في الأرض تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض، وخمس لمكتشفه، والخمس للخزينة العامة، مع الاحتفاظ

(١) وانظر المادة ٧٦٩ سوري (مطابق)، م ٦٧٥ جزائري (موافق)، م ١٠٤٩ عراقي (موافق)، م ٢/١٠١٩ أردني (موافق) والمادة ٨١٢ كويتي موافق.

وانظر نقض ١٩٤٠/٥/٢٣ طعن رقم ٩ سنة ١٠ ق، نقض ١٩٥٥/١١/٣، طعن رقم ٩٦ سنة ٢٢ ق نقض ١٩٦٦/٥/٥ مجموعة المكتب الفني، س ١٧ ص ١٠١٩، ١٩٨٦/٥/٢٤، الطعن رقم ٩٠٦ لسنة ٥١ ق.

بالتقيدات المنصوص عليها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة» فبمقتضى هذا النص لا يكون الكنز كله لمالك الأرض الذي وجد فيها، كما هو الحكم في القانون المصري طبقاً لقاعدة أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها، بل أجرى توزيعة على مالك الأرض ($\frac{3}{5}$) ومكتشفه ($\frac{1}{5}$) والخزانة العامة ($\frac{1}{5}$)[1].

وقاعدة أن مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها ليست مطلقة فالمالك له ذلك إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً، كما هو صريح النص (م ٨٠٣/ ٢ مدني مصري). مقتضى ذلك إذن أن المالك لا يملك من الفضاء الذي يعلو الأرض، ولا من الطبقات التي تحتها إلا ما يستطيع أن يستخدمه، وفي خارج هذا النطاق لا يستطيع أن يمنع الغير من استخدام العلو والعمق. فلا يجوز إذن لمالك الأرض أن يمنع تحليق الطيران أو مد الأسلاك فوق الأرض، أو يمد الأنابيب والأسلاك تحتها ما دام أن ذلك لا يعوق استعماله لحقه أو يلحق بملكه ضرراً. وهذا الاتجاه يتفق مع ما للملكية اليوم من وظيفة اجتماعية ويناقض ما كان سائداً من قبل من أن ملكية مالك الأرض للعلو والعمق لا يحدها حد وأن سلطات المالك تمارس عليها إلى ما لا نهاية[2] فقد أثبت التطور أن هذا الإسراف في تقديس الملكية الفردية ليس له ما يبرره على النحو السابق بيانه.

---

(١) يتفق القانون السوري مع القانون المصري بصدد ما يقام من بناء وغراس (م ٨٨٦ سوري)، ولكنه يتفق مع القانون اللبناني بالنسبة لحكم الكنز (م ٨٣٠ سوري). القانون العراقي بالنسبة للكنز م/ ١١٠ عراقي (موافق لحكم القانون المصري) وبالنسبة للبناء والغراس، م ١١١٧ عراقي (موافق لحكم القانون المصري) الأردني م ١١٣٧ يتفق مع حكم القانون المصري في الغراس والبناء، الكنز له حكم خاص م ١٠٧٨ أردني. القانون الكويتي م ٨٨٠. تتعلق بالغراس والبناء (موافق لحكم القانون المصري) بالنسبة للكنز م ٨٧٧ جاء بحكم خاص (١/٥ لمن يعثر عليه، الباقي للمالك، أو لمالك الرقبة أو للواقف أو لورثته في حالة الوقف، ثم بين أن هذا تنظمه تشريعات خاصة.

(٢) - Beaudan et Voirin, op.cit., np 267, p. 284 et S.

ـ استثناء مواد المناجم والمحاجر:

يستثني المشرع المصري من قاعدة ملكية الشخص لما فوق الأرض وما تحتها المواد المعدنية التي توجد في المناجم، والخامات التي توجد في المحاجر عدا مواد البناء، حيث اعتبرها من أموال الدولة.

وقد حدد القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمناجم والمحاجر المقصود بالمواد المعدنية التي توجد في المناجم والخامات التي توجد في المحاجر (م ٣).

وعلة تقرير هذا الاستثناء أن مواد المناجم والمحاجر تعتبر ضرورية للاقتصاد القومي. كما أن هذه المواد قد تكونت بفعل الطبيعة دون أن يكون لمالك الأرض دخل في وجودها، ولذلك اعتبرها المشرع من الثروة القومية التي تخرج عن نطاق الملكية الخاصة.

ثم جاء القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ ليعيد تنظيم تراخيص البحث في المناجم وعقود استغلالها وكذلك عقود استغلال المحاجر الممنوحة للقطاع الخاص. وحدد الجهة المانحة لهذه التراخيص. كما حدد دور كل من القطاع العام والقطاع الخاص في هذا المجال.

في القانون اللبناني:

تعتبر مواد المناجم والمقالع في القانون اللبناني من أموال الدولة بالرغم من عدم النص على ذلك صراحة كما فعل المشرع المصري، حيث أن ذلك يستفاد ضمناً من نص المادة ٨٧ من القرار رقم ١١٣ الصادر في ١٩٣٣/٨/٩ الخاص بالمناجم والتي تقضي بأن المنجم يعود إلى الدولة عند انتهاء أجل الامتياز.

وقد حدد القرار السابق المقصود بالمناجم، فبين أنها المكامن الطبيعية المحتوية على المواد المعدنية. وقد ذكر القرار سبع فئات لهذه المواد على سبيل التمثيل (م ٣).

كما عرف المقالع بأنها المكامن الطبيعية لمواد البناء من جميع الأنواع ما عدا الرمل والحصى التي تستخرج من مجاري المياه أو من شاطىء البحر والمكامن الطبيعية لمواد تحسين أراضي الزراعة ومناجم الفحم النباتي.

ويحكم المناجم نظام المناجم الصادر بالقرار رقم ١١٣ الصادر في ٩/٨/١٩٣٣ المعدل بالمرسوم الاشتراعي رقم ١١٣ الصادر في ٩/١٠/١٩٤١ وبالقانون الصادر في ٧/٨/١٩٦١. وبمقتضى هذا النظام لا يمكن الحصول على حق استثمار منجم إلا بموجب رخصة استثمار أو بموجب امتياز، وتمنح هذه الرخصة أو الامتياز بناء على رخصة تنقيب أو على أثر مزايدة عمومية (م ٤)[١]. ويقوم هذا النظام على التوفيق بين مصلحة من يحصل على رخصة أو امتياز بالاستغلال وبين حقوق مالك الأرض.

وبالنسبة للمقالع، فإنه يحكم استثمارها القرار رقم ٢٥٣/ل.ر في ٨/١١/١٩٣٥ الخاص بنظام استثمار المقالع والمعدل بالمرسوم الاشتراعي رقم ١١٦ في ١٢/٦/١٩٥٩ وقد اعتبر المشرع المقالع غير منفصلة عن ملكية الأرض بحيث تتبع شروطها ويمكن التنازل عنها أو تأجيرها أو بيعها (م ٢ من القرار رقم ١١٣ وم ٣ من القرار رقم ٢٥٣ المذكورين). لكن عندما يريد الشخص أن يستثمر مقلعاً واقعاً في أرض خصوصية حتى لو كان هو مالك هذه الأرض، يجب عليه أن يقدم تصريحاً إلى قائمقام المنطقة الموجود فيها المقلع وأن يطلب ترخيصاً في الاستثمار (م ٤ من القرار رقم ٢٥٣ المذكور) وذلك في مقابل دفع عوائد معينة (م ١٦ من نفس القرار).

وإذا كان فتح واستثمار المقالع في أرض حرة من أملاك الدولة فإنه يجب لذلك الحصول على إجازة استثمار تمنحها الدولة لمدة معينة وترخيص بالاستثمار تعطيه دائرة النافعة (م ٨)، وذلك في مقابل دفع العوائد المذكورة[٢].

---

(١) انظر عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٦، ص ٣٨ وما بعدها.
(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٤٠.

المبحث الثاني: قيود حق الملكية

تمهيد وتحديد:

سبق أن رأينا أن حق الملكية يخول لصاحبه، بحسب الأصل كل السلطات التي تمكن من الحصول على منافع ومزايا الشيء محل الحق. كما أن هذه السلطات التي تثبت للمالك يمكن أن تتقيد أو يحرم المالك من بعضها ولو مؤقتاً.

وعلى ذلك فقد يثبت لغير المالك على الشيء حق يخول له بعض السلطات التي يخولها حق الملكية، كحق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى، أو أن يثبت للغير حق يترتب على وجوده الحد من سلطات المالك، كحق الارتفاق والحقوق العينية التبعية. وسيتجلى لنا مدى هذه القيود من خلال دراستنا للحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية فيما بعد، والحقوق العينية التبعية في مقرر التأمينات العينية.

والقيود التي ستكون موضوع دراسة هذا المبحث هي القيود التي تتقرر مباشرة بنص القانون ويطلق عليها القيود القانونية، أو التي تتقرر بمقتضى تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثره في تقييد الملكية، وهو الشرط المانع من التصرف.

أما بالنسبة للقيود التي ترد على حرية التملك وخاصة في مجال الأراضي الزراعية فإنها تدخل في مقرر القانون الزراعي ولذلك نعزف عن التصدي لها منعاً للتكرار.

ولذلك سيكون موضوع الدراسة في هذا المبحث ما يلي:

المطلب الأول: القيود الأرادية ـ شروط المنع من التصرف.

المطلب الثاني: القيود القانونية.

المطلب الأول: القيود الإرادية
(شروط المنع من التصرف)

سبق أن رأينا أن سلطة التصرف تعد من جوهر حق الملكية، فهي التي تعطي هذا الحق قيمة اقتصادية. ولذلك فإنه لا يقصد بهذه السلطة فحسب حماية مصلحة المالك بتمكينه من الحصول على أقصى منافع ملكه[1] وإنما تهدف أيضاً إلى تحقيق المصلحة العامة حيث أنها تسمح بتداول الأموال والذي يعد من ضرورات الحياة الاقتصادية المعاصرة. في هذا الاطار ثار التساءل عما إذا كان يجوز حرمان الملك ـ ولو مؤقتاً ـ من سلطة التصرف فيما يملك بمقتضى شرط إرادي؟

في بادىء الأمر ذهب القضاء الفرنسي إلى بطلان الشروط المانعة من التصرف، سواء كان هذا المنع مؤبداً أو مؤقتاً، وبصرف النظر عن البواعث التي دفعت إلى اشتراط مثل هذه الشروط. في مرحلة لاحقة تطور القضاء الفرنسي، في هذا الشأن، وذهب إلى صحة هذه الشروط إذا توافر شرطان، إذا كانت مؤقتة، وكانت تهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة. وقد تابع القضاء المصري القضاء الفرنسي في ذلك في ظل التقنين المدني السابق.

وقد أقر التقنين المدني المصري ما استقر عليه القضاء، في كل من فرنسا ومصر، وتضمن نصوصاً منظمة لهذا الشرط، سواء من حيث شروط أو من حيث آثاره. أما في القانون اللبناني لم يتضمن قانون الموجبات والعقود نصاً مباشراً في هذا الصدد مثل القانون المصري. ومع ذلك قد عرض له المشرع بطريقة غير مباشرة في نص المادة ٨٦٠ أصول محاكمات مدنية ويمكن على ضوء هذا النص أن نستخلص الإقرار بمشروعية هذا الشرط وتحديد مجال تطبيقه، والمدة التي يصح المنع خلالها.

ولدراسة الشرط المانع من التصرف سنعرض للنقاط التالية:

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٧٤.

أولاً: شروط صحته.

ثانياً: طبيعته القانونية.

ثالثاً: آثاره.

أولاً: نطاق وشروط صحة شرط المنع من التصرف.

ـ تحديد نطاق الشرط المانع من التصرف وبيان شروط صحته:

تنص المادة ٨٢٣/ ١ مدني مصري على أنه «إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال. . .».

١ ـ نطاقه:

يستفاد من ذلك أن مجال الشرط المانع من التصرف هو العقد أو الوصية. وهذا يعني أنه لا يجوز للمالك أن يقرر بإرادته وحده عدم جواز التصرف في مال من أمواله. . ذلك أنه لو صح مثل هذا الإقرار من جانب المالك لترتب عليه خروج المال من الضمان العام للدائنين، إذ أن مقتضى صحة شرط المنع من التصرف عدم جواز التنفيذ على المال الممنوع التصرف فيه.

والغالب أن يرد هذا الشرط في عقود الهبة وفي الوصايا، لأن مركز المتبرع في هذه التصرفات يسمح له بأن يفرض هذا الشرط على المتبرع إليه. ولكن قد يرد هذا الشرط في عقود المعاوضة، كالبيع، وإن كان ذلك نادراً في الحياة العملية.

كما أن الغالب عملاً أن يرد شرط المنع في التصرف الذي تلقى به المالك ملكية الشيء(١)، ولكن لا يلزم ذلك في جميع الأحوال(٢).

---

(١) يذهب بعض الفقهاء في القانون الفرنسي إلى أن شرط المنع من التصرف لا يتصور وجوده من الناحية العملية إلا في تصرف ناقل Ripert et Boulanger, op.cit., no 2426, p. 848.

(٢) انظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ١٠٤ حيث يفضل القول بأنه يلزم أن يرد شرط المنع من التصرف الذي تملك بـه المالك الشيء الممنوع التصرف فيه.

فهذا الشرط يمكن أن يرد في عقد الوعد بالبيع بأن يشترط الموعود له على الواعد ألا يتصرف في الشيء الموعود ببيعه أثناء المدة المتفق عليها لإعلان الموعود له خلالها رغبته في الشراء[1]. وكذلك يرد هذا الشرط في عقد الرهن الرسمي بأن يشترط الدائن المرتهن على المدين الراهن عدم التصرف في العقار طوال مدة الرهن، وذلك لكي يتجنب الإجراءات اللازمة لتتبع العقار إذا تصرف فيه المدين الراهن ويتلافى المخاطر التي تنجم عن التطهير[2].

ويصح أن يرد هذا الشرط سواء بالنسبة إلى العقار أو المنقول. غير أنه بصدد المنقول قد يتعطل أثر هذا الشرط نتيجة لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

وهذا الشرط لا يقتصر استعماله على حق الملكية وإنما يمكن أن يرد بصدد حق الانتفاع، فيشترط المالك على المنتفع عند تقرير حق الانتفاع عدم التصرف في هذا الحق. كما يصح أن يرد في شأن إيراد مرتب مدى الحياة[3].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٨٠، السنهوري، الوسيط، جـ ٨ ص ٨٠٥ هامش ٢. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، عكس ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ١٠٣، ١٠٤ قثرة ص ١٣٨.

(٢) محمد علي عرفه، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٢٧٨، محمد علـي إمـام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٢١٤، ص ٣١٨. شمس الدين الوكيل، التأمينات العينية، ص ٢٤٩ هامش ٢، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٢٢.

وانظر في بطلان هذا الشرط عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٩٤، ص ١٣٨. إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٨٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ١٠٢، السنهوري، المرجع السابق.

(٣) محمد علي عرفه، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٢٨٠، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٩٤ ص ١٣٩.

٢ ـ شرطان لازمان لصحة المنع من التصرف:

الأول: مشروعية الباعث.

الثاني: معقولية مدة المنع.

الشرط الأول: أن يكون الباعث مشروعاً:

وقد بينت المادة ٢/٨٢٣ مدني مصري متى يكون الباعث مشروعاً؟ بنصها على أن «يكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير» وعلى ذلك يكفي أن تكون هناك مصلحة جدية تدعو إلى هذا الشرط. وهذه المصلحة يقدرها القاضي بحسب ظروف الحال. والمهم أن يثبت لديه أن هناك أسباباً تنهض في نظره مبرراً كافياً لتقييد سلطة المالك في التصرف في ملكه خلافاً للأصل العام. ويستوي أن تكون المصلحة المراد حمايتها بمقتضى هذا الشرط هي مصلحة المتصرف أو مصلحة المتصرف إليه أو مصلحة الغير.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف أن يشترط البائع، أو الواهب، الذي احتفظ لنفسه بحق الانتفاع، عدم التصرف في الشيء المبيع أو الموهوب، طيلة مدة الانتفاع، حتى لا يضطر للاتصال بمالك رقبة لا يعرفه[1] وكذلك أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى تمام الوفاء بالثمن تأكيد لماله من حق امتياز وتجنباً لإجراءات التتبع في مواجهة الغير.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للمتصرف إليه، أي المالك، أن يشترط الواهب أو الموصي. عدم تصرف الموهوب له أو الموصى له في الشيء الموهوب أو الموصى به حماية من طيشه وتبذيره.

ومن أمثلة المصالح المشروعة للغير أن يشترط الواهب أو الموصى على الموهوب له أو الموصى له أن يؤدي مرتباً دورياً لشخص ثالث مدى

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٦.

حياته، ويشترط عليه في نفس الوقت عدم التصرف في الشيء الموهوب أو الموصى به، حتى يؤمن لمن تقرر له المرتب استمرار استيفاء هذا المرتب.

الشرط الثاني: أن تكون مدة المنع من التصرف معقولة

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون المنع من التصرف مؤبداً حيث أن ذلك سيؤدي إلى تجريد المالك من سلطة التصرف التي تعتبر عنصراً جوهرياً لحق الملكية، وبالتالي حبس المال عن التداول بصفة نهائية. كما أنه لا يجوز أن يكون المنع لمدة طويلة بحيث يتجاوز الحاجة التي دعت إليه. فيما وراء ذلك فالأمر متروك لتقدير القاضي في كل حالة على حدة. وقد وضع المشرع بين يد القاضي معياراً مرناً وهو معقولية المدة ليكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة يستخدمها على ضوء الظروف الخاصة في كل حالة على حدة.

وليس هناك ما يمنع من اعتبار مدة حياة شخص معين، وليكن المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، مدة معقولة طالما كانت ظروف الحال تبرر ذلك، فتقدير ذلك متروك للقاضي وقد نصت المادة ٣/٨٢٣ مدني مصري على ذلك صراحة بقولها أن «المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير».

في القانون اللبناني: لم يتضمن قانون الموجبات والعقود نصاً مباشراً في هذا الصدد مثلما فعل القانون المصري. ومع ذلك قد ورد في قانون أصول المحاكمات المدنية نص يشير بصفة عرضية إلى شرط المنع من التصرف. ويمكن على ضوء هذا النص والقواعد العامة في القانون اللبناني أن تستخلص شروط صحة شرط المنع من التصرف.

وتنص المادة ٨٦٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه «لا يجوز إلقاء الحجز على الأموال التي منع القانون حجزها وعلى الأموال الآتية:

١ - ....١٧ - المبالغ أو الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم قابليتها للحجز أو التفرغ - على أن مدة منع الحجز على هذه المبالغ أو

الأموال تتحدد بعشر سنوات من تاريخ وضع يد الموهوب له أو الموصى له. ويكون للأشخاص الذين يصبحون دائنين بعد المدة المذكورة وحدهم الحق بإلغاء الحجز على الأموال أو المبالغ المشار إليها».

وإذا كان يفهم من نص المادة ٨٦٠/ ١٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية أن شرط المنع من التصرف يجب أن يرد في هبة أو وصية فإن ذلك يعبر عن الغالب المؤلوف ولا يدل بحال على انحصار مجال شرط المنع في الهبة أو الوصية. وعلى ذلك فإن حكم القانون اللبناني في هذا الشأن لا يختلف عن حكم القانون المصري، وبالتالي فإن شرط المنع من التصرف يصح أن يرد في عقد أو في وصية[١].

وبالنسبة لشروط صحة شرط المنع من التصرف، فإنه بالنسبة للشرط الأول والخاص بمشروعية الباعث فإن القانون اللبناني لم يتضمن نصاً صريحاً في هذا الشأن ـ ومع ذلك فإن هذا الشرط متطلب فيه كما هو الشأن في القانون المصري، لأنه اشتراط بديهي لا يحتاج إلى نص، ما دام إننا بصدد خروج على الأصل لا يصح إلا إذا دعت إليه مصلحة جدية ومشروعة[٢].

أما بالنسبة لشرط معقولية مدة المنع فلم يرد به نص مباشر في قانون الموجبات والعقود. لكن هناك حالات معينة منصوص عليها في نصوص خاصة حدد المشرع فيها مدة المنع. وبناء عليه فإنه فيما عدا الحالات المذكورة في هذه النصوص المتفرقة يكون للقاضي اللبناني أن يقدر في كل حالة على حدة، بحسب ظروفها وملابساتها، ما إذا كانت مدة المنع معقولة أو غير معقولة[٣].

---

(١) حسن كيرة، دروس في الحقوق العينية الأصلية في القانون اللبناني ص ٤١، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٩٤ ص ١٣٦، ١٣٧، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٨٤ ص ١٧٢، ١٧٣.

(٢) انظر عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ص ١٤٠.

(٣) حسن كيرة، دروس السابق الإشارة إليه ص ١٤٥ ـ ١٤٦، توفيق فرج المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

وعلى ذلك فإن القانون اللبناني لا يدع للقاضي سلطة تحديد المنع في حالة ما إذا أورد في هبة أو وصية ولكنه يحددها بعشر سنوات (م ٨٦٠/ ١٧ أصول محاكمات مدنية لبناني). كما أن المشرع اللبناني قد تولى تحديد مدة يعمل فيها بالشرط في حالة اشتراط البائع على المشتري غير التاجر عدم نقل حيازة أو ملكية المنقول بالبيع لشخص ثالث خلال مدة سنتين من الشرط، وذلك قبل سداد كامل الثمن (م ٨ من المرسوم بقانون رقم ١٣٦٢ الصادر في ٢٥ آذار سنة ١٩٦٣ والخاص بإنشاء امتياز لصالح بائع الأموال المنقولة) وغير ذلك من النصوص التي تحدد مدة المنع (انظر م ٥١ من قانون الإرث لغير المحمديين الصادر في ٢٣ حزيران سنة ١٩٥٩، في شأن الوصية بانتفاع). فيما وراء ذلك من حالات يترك للقاضي تحديد المدة المعقولة على النحو السابق بيانه في القانون المصري.

ثانياً: الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف

لتحديد الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف أثر واضح على تحديد نوع وطبيعة الجزاء المترتب على مخالفة الشرط، وكذلك على تحديد نطاق آثار هذا الشرط.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد اختلافاً كبيراً. ويرجع ذلك إلى أن نظام شرط المنع من التصرف قد أوجده القضاء بغير نص تشريعي سواء في القانون الفرنسي أو في القانون المدني المصري القديم. فحاول الفقه جاهداً إيجاد أساس قانوني لهذا الشرط في أحد الأنظمة القانونية القائمة.

لذلك ذهب رأي إلى أن المنع من التصرف يعتبر انتقاصاً من أهلية المالك[١] وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات شديدة من جانب الفقه[٢]. بينما

(١) هذا الرأي مشار إليه في - Beaudant et Voirin, op. cit., No 272, P. 288. جوسران، جـ ١، فقرة ١٨٥٠، هوان في بحث الأهلية، المجلة الفصلية ١٩٤٧ ص ٣٩١ وما بعدها مشار إليهما في إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٢ هامش ٢.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٢، ٨٣، منصور مصطفى =

ذهب رأي ثان إلى المنع من التصرف المترتب على الشرط يعتبر التزاماً على الملاك بعدم التصرف في الشيء، فهو التزام بامتناع عن عمل[1] وقد تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات[2]. وذهب رأي ثالث إلى أن المنع من التصرف وصف يلحق بالشيء ذاته لا بشخص مالكه فيكون الشيء محملاً بتكليف عيني يجعله غير قابل للتصرف فيه، وهذا هو الرأي السائد في فرنسا[3] وأيده بعض الفقهاء في مصر[4].

والتكييف السائد في الفقه في مصر يذهب إلى أن شرط المنع من

= منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١٠٦، ١٠٧، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ١٤٥. حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٢٦، ١٢٧.

(١) أوبري ورو، جـ ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٢٧ مكرر (٧) ص ١٩٦، كولان وكابيتان ودي لاموراندبير، جـ ١، فقرة ١٠٣٠ ص ٨٢٩، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ١٢٨، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ٩٧ ورقم ٧٧ ص ٩٩.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩، ص ٨٣، ٨٤، منصوص مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٧، ص ١٠٨، ١٠٩، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ١٤٥، ١٤٦.

(٣) بيدان وفواران، فقرة ٢٧٢، ص ٢٨٩، بلانيول. وريبير وبيكار، جـ ٣ فقرة ٢٢٨.

(٤) محمد علي عرفه، المرجع السابق، فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩ وإن كان يرى أن من شأن التكليف العيني أن يخرج المال من دائرة التعامل. انظر في انتقاد ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٨٥، حسن كيرة، المرجع السابق ص ١٢٧، ١٢٨. وانظر في الرد على الانتقادات التي وجهت لفكرة التكليف العيني منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١٢.

وهو يرى أن فكرة التكليف العيني الناشىء عن شرط عدم التصرف لا يعني أكثر من وجود عبء أو قيد بالشيء ذاته، ولذلك يفضل استخدام اصطلاح «قيد عيني» وينتهي إلى أنه ليس هناك فرقاً ـ في التعبير ـ بين هذا الرأي الذي يفضله وما ينتهي إليه ناقدوه من أن شرط المنع من التصرف يؤدي إلى تعديل في أحكام الملكية أو إلى وجود قيد على سلطات المالك.

التصرف يورد قيداً على سلطات المالك؛ إذ يتضمن تعديلاً من النظام العادي للملكية بمقتضى إرادة الأفراد(1). وهذا التعديل في أحكام الملكية يجب ألا يتعدى ما هو ضروري لتحقيق المصلحة التي استهدفت حمياتها بتقرير الشرط المانع. ولما كانت تلك المصلحة تختلف من حالة إلى أخرى، فلا مناص من أن تختلف القواعد التفصيلية التي يتضمنها نظام الشرط المانع باختلاف المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها. وبذلك يكون الشرط المانع مرناً في شروط صحته وفي آثاره(2).

ثالثاً: آثار الشرط المانع من التصرف:

تمهيد

إذا توافر الشرطان السابقان، كان شرط المنع من التصرف صحيحاً وترتبت عليه آثاره التي نعرض لها الآن. أما إذا تخلف هذان الشرطان أو أحدهما كان الشرط الوارد في التصرف وحده باطلاً ما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشرط الذي وقع باطلاً فيبطل العقد كله (م ١٤٣ مدني مصري).

ـ شرط المنع من التصرف يقيد سلطة المالك في التصرف. ولذلك فإن هذا المنع من التصرف ينصرف إلى التصرف في الشيء تصرفاً مادياً وإلى التصرف في الحق تصرفاً قانونياً. فلا يجوز للمالك أن يعدم الشيء، كأن يهدم المنزل الذي يمنع الشرط التصرف فيه. كما لا يجوز له أن يبرم تصرفاً ينقل به حقه إلى شخص آخر، كأن يبيع الشيء أو يهبه ـ ولا يجوز له أيضاً أن يرتب على الشيء حقاً عينياً آخر، كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن. فالهدف من هذا الشرط هو بقاء الملكية كاملة للمالك. وعلى ذلك يجوز للمالك أن

---

(1) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٦، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٣١. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ١٤٧.

(2) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٨٧.

يباشر التصرفات التي ليس من شأنها أن تؤدي إلى زوال حقه كله أو بعضه، كأعمال الإدارة، كالإيجار، وكذلك التصرفات المقررة كالقسمة والصلح. كما أن هذا الشرط لا يحول دون أن تنتقل ملكية الشيء الممنوع التصرف فيه إلى غير المالك بسبب آخر غير التصرف القانوني، كالميراث والتقادم.

- رأينا أن غالبية الفقهاء في مصر تذهب إلى أن شرط المنع من التصرف يورد قيداً على سلطات المالك، إذ يتضمن تعديلاً في النظام العادي للملكية بإرادة الأفراد. مقتضى ذلك، إذا كان الشيء عقاراً وجب تسجيل الشرط المانع لكي يترتب عليه آثاره (م ٩ من قانون الشهر العقاري في مصر، ١٠٢ من قانون إنشاء السجل العقاري في لبنان وحيث توجب الإعلان والقيد في دفتر الملكية التصرفات التي تتضمن إنشاء حق عيني أو نقل ذلك الحق أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه). ويقصد من وراء شهر شرط المنع من التصرف حماية الغير الذي يتعامل مع المالك في خصوص العقار الذي يمتنع التصرف فيه. ولذلك إذا لم يكن هذا الشرط شهراً فلا يحتج به على الغير.

أما إذا كان الشيء منقولاً فإن قاعدة الحيازة في المنقول إذا توافرت شروطها كفيلة بحماية الغير حسن النية الذي يتعامل مع المالك في خصوص المنقول الممنوع التصرف فيه. فلا يحتج بالشرط على الغير الذي يحوز المنقول الممنوع التصرف فيه بسبب صحيح وحسن نية، وذلك طبقاً لحكم المادة ٢/٩٧٦ مدني مصري التي تنص على أنه «إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتبار الشيء خالياً من القيود والتكاليف العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها».

على ضوء هذه الأفكار الأساسية تستطيع أن تحدد آثار الشرط المانع من التصرف فيما يلي:

١ - بطلان التصرف المخالف:

تنص المادة ٨٢٤ مدني مصري على أنه «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة،

فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً».

وبطلان التصرف المخالف للشرط هو الجزاء الذي يتفق مع الغرض المقصود من منع المالك من التصرف، من إبقاء الملكية. ولذلك أوضحت المذكرة الإيضاحية المصرية في هذا الصدد أن المشرع قد حسم بهذا الحكم خلافاً قام حول هذه المسألة إذ كان القضاء متردداً بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي[1].

يجب الأخذ في الاعتبار طبيعة شرط المنع من التصرف من كونه قيداً على سلطة المالك، وتعديلاً للنظام العادي للملكية لذلك أعطى القانون للإرادة سلطان تقريره لمدة مؤقتة تحقيقاً لمصلحة مشروعه[2] عند تحديد نطاق آثاره وطبيعة الجزاء المقرر عند مخالفته.

وعلى ذلك يجب لإبطال تصرف المالك أن يكون مخالفاً للشرط المانع. فإذا لم يشترط المنع بصيغة مطلقة بل اقتصر الأمر على اشتراط الاستبدال فإن التصرف يكون صحيحاً إذا احترم هذا الشرط[3]. وقد يكون الشرط مانعاً من التصرف بصفة مطلقة، ومع ذلك تعرض ظروف تقتضي الإذن للمالك بالتصرف بشرط الاستبدال. كما لو أصبح المنزل الذي منع المالك من التصرف فيه مهدداً بالسقوط وأريد بيعه أنقاضاً، أو صار المال الذي يمتنع التصرف فيه قليل المنفعة إلى الحد الذي ينبغي معه أن تستغل قيمته بطريقة أخرى. في كل هذه الحالات يجب بسط الرقابة على جدية الظروف التي تدعو إلى الإذن للمالك في التصرف أو إجراء الاستبدال لضمان حماية المصلحة التي اقتضت هذا المنع[4].

وعند انتفاء الضرورة التي تقتضي الإذن بالتصرف فإن التصرف

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ ٦، ص ٧٧.
(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٣١.
(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٨٩.
(٤) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢ ـ ١ ص ١٤٩.

المخالف للشرط المانع يقع باطلاً. كما تقضي بذلك المادة ٨٢٣ مدني مصري. **لكن ما طبيعة هذا البطلان؟** أجابت المذكرة الإيضاحية بأنه إذا خولف الشرط المانع من التصرف «كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف»[١]. لكن أحكام البطلان المطلقة تتجاوز الغرض الذي من أجله تقرر شرط المنع من التصرف. هل معنى ذلك أن المقصود هنا هو القابلية للإبطال؟ في الواقع إن أحكام القابلية للإبطال ليست منطبقة تماماً في هذا الصدد. بل إن البطلان ذاته ليس هو الجزاء الذي تقضي به القواعد العامة عند مخالفة الشرط، وإنما هو جزاء أخذ به القضاء ونص عليه المشرع لأنه يستجيب أكثر للغرض المقصود من الشرط كما أسلفنا. وبناء على ذلك فإن أحكام هذا البطلان تتحدد وفقاً للغرض المقصود من شرط المنع، ودون حاجة إلى ردها إلى القواعد العامة في البطلان. فالغاية من إباحة الشرط المانع من التصرف هي مجرد حماية مصلحة أحد الأشخاص خلافاً للأصل المقرر. ولذلك جرى الفقه الفرنسي والمصري في مجموعة التزام حدود هذه الغاية.

وبناء على ذلك، فإن الأصل أن الشخص الذي يجوز له التمسك بالبطلان هو من تقرر الشرط لمصلحته. فيجوز للمشترط أو الغير حق طلب إبطال التصرف المخالف إذا كان المنع من التصرف مشترطاً لمصلحته. كما يجوز لأي منهما أن ينزل عن الحق في التمسك بالبطلان بإجازته للتصرف.

أما إذا كان المنع من التصرف مشترطاً لمصلحة المالك، الممنوع من التصرف، فإن قصر حق طلب الإبطال عليه، أو إعطاءه حق الانفراد بإجازة التصرف، يجرد الشرط من قيمته، إذ يكفي له أن يتصرف دون أن يطلب الإبطال فتهدر قيمة هذا الشرط تماماً. ولذلك يتعين في هذه الحالة إعطاء المشترط أيضاً حق المطالبة بالإبطال، وذلك لما له من مصلحة أدبية في إعمال الشرط، وبالتالي فلا تكفي إجازة المالك لكي يصبح التصرف المخالف

---

(١) الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٧٧.

في مأمن من الإبطال، بل يجب أن تنضم إلى إجازته إجازة المشترط[1].

٢ ـ عدم القابلية للتنفيذ:

والعلة من ذلك أنه إذا أجيز لدائني المالك أن ينفذو بحقوقهم على الشيء الذي منع التصرف فيه فإن ذلك سيؤدي، في معظم الأحوال، إلى إجهاض الشرط المانع من التصرف وإهدار قيمته. فيكفي أن يمتنع المالك عن الوفاء بديونه فيباع الشيء جبراً ليستوفي دائن حقه من ثمنه، وبذلك يصل المالك بطريق غير مباشر إلى التصرف في الشيء رغم الشرط المانع. ولذلك استقر الفقه والقضاء على أن اشتراط المنع من التصرف يستتبع عدم القابلية للتنفيذ[2].

وعدم القابلية للتنفيذ محكومة في وجودها ومداها بالغرض المقصود من شرط المنـع ويترتـب على ذلك: ـ

(أولاً) إذا كان الغرض من شرط المنع لا يستلزم أصلاً عدم جواز التنفيذ، فيكون التنفيذ جائزاً. مثال ذلك إذا كان الشرط المانع قد اشترط في عقد بيع تأكيداً لامتياز البائع على العقار المبيع لحين الوفاء بكامل الثمن من جانب المشتري. فالغرض من الشرط المانع في هذه الحالة هو تجنب البائع لإجراءات التتبع في مواجهة الغير، فيعمل به في حدود الغاية منه. وبالتالي لا يترتب عيه حرمان دائني المالك من التنفيذ. إذ يترتب على تسجيل حكم أيقاع البيع أو التأشير به تطهير العقار المبيع من كافة الحقوق العينية التبعية (م٤٥٠ مرافعات مصري) بما في ذلك امتياز البائع، ولا يبقى له إلا أن يستوفي حقه بالأولوية من الثمن دون أن يضطر إلى مباشرة إجراءات التتبع.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٩١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ١١٦، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ١٥٠، ١٥١ حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٣٢، ١٣٣. انظر في اعتبار أن الجزاء هنا هو البطلان المطلق، توفيق فرج المرجع السابق، فقرة ٩١ ص ١٧٩، ١٨٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٢.

(ثانياً) أن عدم القابلية للتنفيذ التابعة للشرط المانع من التصرف تختلف عن عدم القابلية للتنفيذ التي تشترط بشرط مستقل في الهبة أو الوصية طبقاً للمادة ٣٠٨ مرافعات مصري والتي تنص على أن «الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية إلا لدين نفقـه مقررة وبالنسبة المبينة في المادة السابقة (بقدر الربع)».

فاشتراط عدم جواز التنفيذ في هذه الحالة، مع بقاء التصرف الاختياري جائزاً، يقصد به إبعاد الشيء الموهوب أو الموصى به عن منال الدائنين السابقين على الهبة أو الوصية، فيما عدا الدائن بنفقة في حدود معينة، ولذلك يكون للدائنين الذين نشأت حقوقهم بعد الهبة أو الوصية الحق في التنفيذ. أما عدم القابلية للتنفيذ التابعة للشرط المانع المقصود منها سد السبيل أمام المالك بحيث لا يستطيع التصرف في الشيء، ولو عن طريق غير مباشر، بالامتناع عن الوفاء بديونه، ولذلك فإن حظر التنفيد يسري على جميع الدائنين بصرف النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم وذلك حتى يتحقق الغرض من المنع، وهو بقاء المال في ذمة المالك حماية لمصلحة مشروعة للمشترط.

(ثالثاً) الأصل أن زوال المنع من التصرف يستتبع حتماً زوال المنع من التنفيذ. لكن القضاء الفرنسي خرج عن هذا الأصل في حالة ما إذا اشترط المنع من التصرف في هبة أو وصية حماية للمالك من رعونته وتبذيره إلى أن يبلغ سناً معينة، وقرر أنه لا يجوز للدائنين، الذين نشأت حقوقهم أثناء مدة المنع من التصرف، التنفيذ على الشيء حتى بعد انقضاء هذه المدة[1] ويهدف هذا القضاء إلى استعمال الحماية المقررة للمالك بأن يسد عليه سبيل التحايل، وذلك بإقدامه قبل انتهاء مدة المنع على الدخول في معاملات يترتب

---

(١) انظر في هذا القضاء بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٢٣٠ ص ٢٣٨، ريبير بولانجيـه، جـ ٣ فقرة ٢٤٣٤ ص ٨٥٢.

عليها مديونيته ثم يظهر أثر هذه المعاملات بمجرد انتهاء المدة فينفذ الدائنون على المال فتنتفي بذلك الحماية المقصودة[1]. وقد انتقد بعض الفقهاء[2] بحق هذا المسلك على أساس أن امتناع التنفيذ هنا نتيجة لعدم جواز التصرف، ولذلك فإذا ارتفع المنع من التصرف ارتفع معه المنع من التنفيذ. كما أن انقضاء مدة المنع يترتب عليها عودة الشيء إلى الضمان العام لجميع الدائنين دون تفرقة، وحرمان بعضهم من التنفيذ فيه انتقاص من حقوقهم دون سند من القانون. بل يذهبون إلى أن مسلك القضاء يتجاوز الغرض من الشرط المانع، إذ الغرض هو حماية المالك بمنعه من التصرف في مال معين خلال مدة معينة لا فرض وصاية عليه في كافة تصرفاته.

في القانون اللبناني يستفاد من المادة ٨٦٠ أصول محاكمات مدنية أنه يترتب على الشرط المانع من التصرف أن يصبح المال الممنوع التصرف فيه غير قابل الحجز عليه خلال مدة محددة. فهذه المادة تنص على أنه بالنسبة للمبالغ أو الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم قابليتها للحجز أو للتفرغ، لا يجوز الحجز عليها خلال مدة عشر سنوات من تاريخ وضع يد الموهوب له أو الموصى له».

وفي هذه الحالة قصر القانون اللبناني إمكان الحجز على هذا المال على من يصبح دائناً بعد المدة المحددة للمنع دون سواه. فليس لمن نشأت حقوقهم أثناء قيام المنع من التصرف أن يقوموا بالحجز على المال الممنوع التصرف فيه. وهذا الاتجاه منتقد على النحو السابق بيانه لكن نطاق هذا الحكم قاصر على الحالة التي يرد فيها شرط المنع في هبة أو وصية فقط، أما

---

(١) انظر في تأييد هذا القضاء محمد كامل مرسي، جـ ١ فقرة ٤٠٩ ص ٥٢٤، محمد علي عرفة، جـ ١ فقرة ٢٨٣ ص ٣٧٢، إسماعيل غانم، فقرة ٤٢ ص ٩٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٠٣ ص ١٥٣٠.

(٢) انظر في انتقاد هذا القضاء حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ٣٥، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ٩٣ هامش ٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ١٢٠.

فيما عدا ذلك من حالات فإنه ينبغي أن تطبق القاعدة العامة، من أن زوال المنع من التصرف يستتبع زوال المنع من التنفيذ بالنسبة إلى جميع الدائنين أياً كان تاريخ نشوء حقوقهم[1].

المطلب الثاني: القيود القانونية

ـ القيود القانونية بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة

سبق أن رأينا أن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً، وأصبح لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد فحسب، بل كذلك باعتبار أن لها وظيفة اجتماعية. ولذلك كثرت في القوانين الحديثة القيود التي تحد من سلطات المالك لمصلحة الجماعة أو لمصلحة غيره من الأفراد.

ولذلك عينت القوانين الحديثة بالنص على القيود القانونية التي ترد على حق الملكية. وقد نص القانون المدني المصري في المادة ٨٠٦ على أنه «على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة، وعليه أيضاً مراعاة الأحكام الآتية». كما تنص المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن «الملكية العقارية هي استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة». وتنص المادة ٦٢ ملكية عقارية لبناني على أن «يكون الارتفاق القانوني عائداً إما للمنفعة العمومية وإما للمنفعة الخصوصية».

ويتضح مما سبق أن القيود القانونية إما تكون قيود قانونية تتعلق بالمصلحة العامة أو قيود قانونية تتعلق بالمصلحة الخاصة.

والقيود المقررة لمصلحة العامة، هي القيود التي تتقرر بغرض يتصل بالصالح العام، وهي من الكثرة بحيث يصعب حصرها، ومن أمثلتها القيود المتعلقة بخطوط التنظيم، وما تفرضه التشريعات الخاصة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة، وهي التي أشارت إليها المادة ٨٢٢ مدني

---

(١) انظر حسن كيرة، دروس في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني، ١٩٦٤ ـ ١٩٦٥ ص ١٥٥، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٩٣ ص ١٨٣.

مصري بقولها إن «المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح وبالشروط التي تفرضها» (م ٦٥ ملكية عقارية لبناني)، والقيود التي تفرضها قوانين الآثار.. وما إلى ذلك.

أما القيود المقررة لمصلحة خاصة، فهي القيود التي تتقرر لصالح أحد الأفراد، وإن كانت تراعي في نفس الوقت المصلحة العامة، ومن أمثلتها القيود المتعلقة بالري، والقيود التي تتقرر لصالح الجيران.

ـ طبيعة القيود القانونية:

سبق أن رأينا أن للمالك سلطات جامعة على ملكه. وقد بينا النطاق المادي لهذه السلطات، وعلى ذلك ليس هناك ما يمنع من أن يتدخل المشرع ويفرض قيوداً تحد من هذه السلطات ليرسم الحدود التي يجب على المالك أن يراعيها في مزاولته لحقه. فهذه القيود تعتبر قيوداً عامة ترد على سلطات المالك بالنسبة لكل ملكية توجد في ظروف معينة. وبذلك يكون من شأن هذه القيود أن تحدد الوضع العادي لحق الملكية في هذه الظروف.

ويتضح مما تقدم أن هذه القيود تتميز عن حقوق الارتفاق. فالارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر (م ١٠١٥ مدني مصري). وهذا التقابل بين القيود القانونية وحقوق الارتفاق لا يغير منه وجود قيود قانونية تتضمن الحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر، كالقيود الخاصة بالمياه، والقيد الخاص بحق المرور الذي يقرره القانون لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، والقيد الخاص بالمسافة التي تجب مراعاتها بين المطلات وملك الجار. وذلك يرجع إلى أن هناك فارقاً جوهرياً يظل، مع ذلك، قائماً بينهما، وهو أن القيود القانونية بحكم كونها مقررة من جانب المشرع، تعتبر حدوداً عامة لكل ملكية توجد في ظروف معينة، بحيث يكون من شأنها أن تحدد الوضع العادي لحق الملكية في هذه الظروف. في مقابل ذلك نجد أن حق الارتفاق يمثل فكرة الخروج على هذا الوضع العادي، فهو

عبء استثنائي يتقرر بفعل الإنسان ولا يتناول إلا ملكية معينة(1).

وقد كان التقنين المدني المصري القديم يخلط بين القيود القانونية وبين حقوق الارتفاق، وكان يضع هذه القيود في المكان المخصص لحقوق الارتفاق. أما التقنين المصري الحالي فقد وضع هذه القيود في مكانها الصحيح، حيث أوردها بين القيود التي ترد على حق الملكية (م ٨٠٦ وما بعدها).

وقد إقتفى قانون الملكية العقارية اللبناني أثر التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري القديم بعرضه لقيود الملكية ضمن حقوق الارتفاق. ومع ذلك فإن هذا المسلك لا يخرج القيود القانونية عن وضعها الحقيقي باعتبارها قيوداً تحدد الوضع العادي للملكية في ظروف معينة على النحو السابق بيانه.

ـ نتائج التفرقة بين القيود القانونية وحقوق الارتفاق:

١ ـ عدم خضوع القيود القانونية لقواعد الشهر والعلانية. حيث أن

---

(١) يأخذ بهذه التفرقة غالبية الفقه في فرنسا، انظر كولان وكابيتان ودي لامورانديير، جـ ١ فقرة ١٠٠٥، جوسران، جـ ١، فقرة ١٩٦٨، دي باج ودكرز، جـ ٥ فقرة ٩٤٢، هنري وليون وجان مازو، جـ ٢، فقرة ٧٠٦، ويعارض هذه التفرقة، ويعتبر هذه القيود من قبيل الارتفاقات القانونية، بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٤١٤، ٩٠٠. ومن الفقهاء من يرى أن لهذه القيود طبيعة مزدوجة بيدان وفواران، جـ ٤ فقرة ٥٦٢. ويأخذ بهذه التفرقة في مصر، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ١٨٩، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ٩٦، حسن كيرة، فقرة ٧ ص ٩٠، السنهوري، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٣٩٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٥٢، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١١ ويعارضها شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٣٠. وبعض الفقهاء يفرق في شأن القيود القانونية بين حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق (كحقوق الشرب والمجرى والصرف والمرور) وبين ما يعتبر مجرد قيد قانوني (كقيد المسافة الخاص بالمطلات، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ٧٨) وعبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال ١٩٥٦، فقرة ٩١، وانظر في انتقاد هذا الرأي حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٩٢، وعبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٥٢ هامش ١، ص ٥٣.

مصدرها القانون وتمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة. وذلك خلافاً لحقوق الارتفاق التي تخضع للشهر عن طريق التسجيل أو القيد في السجل العقاري. وقد أكد المشرع اللبناني ذلك المبدأ بنصه في المادة ٥٨/ ١ ملكية عقارية على أنه «شذوذاً عن المبدأ المقرر بالمادة ١٠ من القرار المختص بالسجل العقاري تعفي من النشر والإعلان حقوق الارتفاق الناتجة عن الوضعية الطبيعية للأماكن وعن الموجبات المفروضة بالقانون» والمقصود بالارتفاق في هذه الحالة القيود القانونية.

٢ ـ عدم ضمان خلو العين المتصرف فيها من تلك القيود، حيث أن مصدرها القانون وتمثل الوضع العادي للملكية وذلك خلافاً لحقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق.

٣ ـ عدم جواز اكتساب هذه القيود بالتقادم، لأنها تمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة، فإنها تظل قائمة طالما بقيت تلك الظروف، وتزول بزوالها، ولهذا يكون لمن يفيد منها التمسك باستمرار بقائها، مهما كانت طريقة استعماله لها وإفادته منها، وذلك لأن التقادم المكسب يفترض الحيازة، ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ولا يحمل معنى التعدي على الملك الواردة عليه.

٤ ـ لا تسقط القيود القانونية بعدم الاستعمال مهما طالت مدته، لأنها تمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة. وذلك بخلاف حقوق الارتفاق (م ١٠٢٧ مدني مصري).

ـ خطة الدراسة:

وسندرس هذه القيود التي ترد على سلطات المالك في أربع فقرات على التوالي: **أولاً**: القيود الخاصة باستعمال حق الملكية، وهو تتعلق بالتزامات الجوار، **ثانياً**: القيود التي تتعلق بالمياه، **ثالثاً**: القيد الخاص بالمرور القانوني. **رابعاً**: القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار.

أولاً: القيود الخاصة باستعمال حق الملكية

(التزامات الجوار)

ـ تمهيد وتحديد:

إن المالك في استعماله لحقه يخضع للقيود التي تفرضها عليه القواعد العامة، كعدم تجاوز حدود الحق وعدم التعسف في استعماله. وإلى جانب ذلك فرض عليه القانون عدم الغلو في استعمال حقه. ولذلك يجب أن نقف باختصار على القيود الواردة في القواعد العامة، ثم ندرس تفصيلاً المسؤولية عن أضرار الجوار غير المألوفة.

أ ـ مجاوزة الحدود الموضوعية للحق:

يسأل المالك بمقتضى القواعد العامة إذا تجاوز الحدود الموضوعية لحقه. كأن يجاوز حدوده فيبنى في أرض جاره، أو يفتح مطلاً في المسافة الممنوعة قانوناً، أو أن صاحب مصنع لا يتخذ الاحتياطات اللازمة فتسيل المياه المتخلفة عن المصنع في أرض الجار. وقد تتحقق مسؤولية المالك بمقتضى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، إذا ثبت إرتكابه خطأ شخصي ترتب عليه ضرر بالغير، كما أو أقام المالك بناء في أرضه دون أن يراعى الأصول الفنية للبناء في وضع أساسته فترتب على ذلك الأضرار بالعقارات المجاورة[١].

وقد تكون مسؤولية المالك قائمة على الخطأ المفترض، وذلك إذا ما توافرت في حقه شروط المادة ١٧٦ الخاصة بمسؤولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر، أو المادة ١٧٧ الخاصة بمسؤولية حارس البناء عن الضرر المترتب عن انهدامه كلياً أو جزئياً، أو المادة ١٧٨ الخاصة بمسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر.

ب ـ التعسف في استعمال الحق:

وهنا نجد أن المالك يلتزم الحدود الموضوعية المرسومة لحقه، فهو يستعمل حقه في هذه الحدود ولا يخرج عنها، ولكنه يتعسف في هذا

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٢٧، ١٢٨.

الاستعمال مما يستوجب مسؤوليته طبقاً للمادة ٥ من القانون المدني المصري (م ٢٤ موجبات وعقود لبناني).

وقد كان حق الملكية المجال المختار لنظرية التعسف في استعمال الحق.

وتتحقق مسؤولية المالك طبقاً للقاعدة العامة المقررة في المادة ٥ من التقنين المدني المصري في أحوال ثلاث:

(١) إذا لم يقصد باستعماله لملكه سوى الإضرار بالغير، كما أقام على حافة ملكه حائطاً أو أشجار لمنع النور والهواء عن ملك الجار.

(٢) إذا كانت المصلحة التي يرمي المالك إلى تحقيقها لا تتناسب ألبتة مع الضرر الذي أصاب الجار بسببها. ومن تطبيقات هذا المعيار ما نصت عليه المادة ٢/١١٨ مدني مصري من أنه «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط».

(٣) إذا كان المالك يقصد باستعماله لملكه تحقيق مصلحة غير مشروعه. كأن يخصص منزله لتعاطي المخدرات أو لعب القمار في القانون اللبناني نصت المادة ٢٤ موجبات وعقود على أن «يلتزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق» وهذا معيار عام يشمل كل صور التعسف وحالاته ومن ثم فإن الأحوال الثلاث السابقة، طبقاً للقانون المدني المصري، تدخل في عموم هذا المعيار وتعتبر من تطبيقاته[١].

جـ ـ الغلو في استعمال حق الملكية:

وهنا نجد أن المالك يلتزم الحدود الموضوعية المرسومة لحقه، فهو يستعمل حقه في هذه الحدود ولا يخرج عنها، كما أنه لم يتعسف في

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤١، ص ٥٧.

استعمال حقه ولكن استعماله لحقه ترتب عليه مع ذلك أضرار غير مألوفة، كمن يقيم مصنعاً في أرضه، ويتخذ كافة التدابير التي تقتضيها القوانين واللوائح ومع ذلك يترتب على تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة أو الضوضاء منه إنقاص قيمة الأراضي المجاورة.

من الثابت أن للمالك أن يستعمل ملكه على النحو الذي يريده كي يحصل على جميع المزايا الممكنة من الشيء. وهذا يقتضي أن يتحمل الملاك المتجاورون على سبيل التبادل ما ينجم عن هذا الاستعمال من مضايقات أو أضرار ما دام أنها من قبيل الأضرار العادية المألوفة وإلا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم. لكن إذا غلا المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بالجار ضرراً غير مألوف فإن المالك يسأل حينئذ عن هذا الضرر. وقد استقر القضاء الفرنسي[١]، ومن بعده القضاء المصري على ذلك في ظل القانون المدني القديم[٢].

وقد انتهج القضاء هذا المنهج بالرغم من عدم وجود نص في كل من القانون المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري القديم. وهذا القضاء رغم عدالته لم يكن من السهل رده إلى القواعد العامة. فالفرض أن المالك لم يرتكب تقصيراً، كما أنه لم يتعسف في استعمال حقه، كما أن المالك التزم مضمون وحدود حقه.

ولذلك فقد أحسن المشرع المصري صنعاً بتقنينه هذا القضاء والنص صراحة على مسؤولية المالك عن الأضرار غير المألوفة (م ٨٠٧ مدني مصري).

وتنص المادة ٨٠٧ مدني مصري على أنه «١ ـ على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ٢ ـ وليس للجار أن يرجع على

---

(١) انظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٤٦١ ـ ٤٦٧.

(٢) انظر في ذلك عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٦٠ هامش ٢، ٣، ٤.

جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق».

وفي القانون اللبناني نصت المادة ١١٩٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه «لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً» ونصت المادة ١١٩٩ على أن «الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه» ونصت المادة ١٢٠٠ على أن «يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان...». وهذه النصوص ما زالت واجبة التطبيق حيث أنه لم يتم إلغاؤها وتعديلها من قبل المشرع، كما أنه لم ينظم التزامات الجوار. وهذا طبقاً لنص المادة ١١٠٦ موجبات وعقود والتي تنص على أنه «ألغيت وتبقى ملغاة جميع أحكام «المجلة» وغيرها من النصوص الاشتراعية التي تخالف قانون الموجبات والعقود أو لا تتفق مع أحكامه»

ـ خطة الدراسة:

ونتولى الآن دراسة معيار الغلو في استعمال حق الملكية، ثم نقف على جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة وأثر الترخيص الإداري، وأخيراً نعرض باختصار لأساس هذه المسؤولية.

١ ـ معيار الغلو في استعمال حق الملكية: الضرر غير المألوف

فرض القانون المدني المصري التزام على المالك بألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار (م ١/٨٠٧). لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن مجرد الغلو في استعمال حق الملكية إلى حد يضر بملك الجار يرتب مسؤولية المالك. وإنما يجب الوقوف على الأضرار التي يترتب عليها قيام مسؤولية المالك. لذلك تأتي الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني مصري لتبين

حدود هذا الالتزام، فالمالك لا يسأل أياً كان الضرر، بل يجب أن يتجاوز الضرر الحد المألوف. فالمادة ٨٠٧/ ٢ تنص على أنه «ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار **إذا تجاوزت الحد المألوف**». وعلة ذلك واضحة حيث أن المالك لم يرتكب تقصيراً، كما أنه لم يتعسف في استعمال حقه، إذ هو يبغي تحقيق مصالح جدية ومشروعة، كما أنه التزم في استعمال حقه مضمون وحدود هذا الحق، ولذلك لو سأل المالك عن أي ضرر يلحق جاره بسبب استعماله لحقه، لأصبح الملاك في حرج شديد، ولغلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم[١]، إذ لا يأمن الملاك، مهما بلغ حرص كل منهم في استعماله لحقه، من أن يترتب على هذا الاستعمال قدر من الضرر للجيران، ولرفع هذا الحرج يجب أن يتحمل كل منهم قدراً معيناً من الأضرار التي يفرضها الجوار ويمكن التسامح فيها، وهي التي تسمى «مضار الجوار المألوفة» وقد وصفها المشرع وصفاً يساعد القاضي في إعمال المعيار المرن الذي وضعه وذلك بقوله «التي لا يمكن تجنبها»[٢].

وعلى ذلك فإن الضرر في تلك المسؤولية يجب أن يكون على درجة معينة من الجسامة، وذلك على خلاف القواعد العامة، إذ يتعين أن يجاوز مقداره الحد المألوف بين الجيران. فغلو المالك في استعمال حقه، الذي يرتب مسؤوليته، ينظر إليه من خلال الضرر الذي يترتب على هذا الاستعمال، بحيث لا يمكن الحكم في مسألة تحقق أو عدم تحقق الغلو إلا بالنظر إلى الضرر، وذلك على خلاف القواعد العامة[٣].

ويتضح من ذلك أن تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوفاً يعتبر مسألة موضوعية يترك التقدير فيها لقاضي الموضوع. وهو يعتد في هذا التقدير بظروف الحالة المعروضة عليه من حيث اعتبارات الزمان والمكان،

---

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني، جـ ٦، ص ٣١.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص ٥٥، ٥٦.

(٣) حيث لا يعتمد البحث في توافر ركن الخطأ على ركن الضرر.

بأن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له.

وبذلك تمكن مرونة هذا المعيار من مواجهة كافة الظروف ومسايرة التطور وما يستحدثه التقدم الصناعي في المستقبل من صور جديدة للمعيار.

وطبقاً لهذا المعيار فإن ما يعتبر مألوفاً في زمن معين قد يصبح ضرراً غير مألوف في زمن آخر، وللعرف شأنه في ذلك بحسب تطور ظروف المجتمع. وما يعتبر ضرراً مألوفاً في الريف قد لا يكون كذلك في المدن. والضرر الذي يصيب الجار من الدخان أو الضوضاء نتيجة وجود مصنع أو مقهى في ملك الجار قد يعتبر مألوفاً في منطقة صناعية ولا يكون مألوفاً في حي للسكنى.

ولكن يبقى تساؤلاً هاماً، ما هو أثر الظروف الشخصية للجار، وأثر أسبقية الاستغلال في تقدير مألوفية الضرر؟

(أ) أثر الظروف الشخصية في تقدير الضرر:

سبق أن رأينا أن الظروف التي يعتد بها القاضي في تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف هي الظروف الموضوعية. وعلى ذلك إذا كان الضرر الناشىء عن استعمال المالك لملكه مألوفاً وفقاً لهذه الظروف، ولكنه تجاوز الحد المألوف بسبب ظروف شخصية خاصة بمن لحقه الضرر، كما لو كان مريضاً أو مرهف الحس أو ضعيف الأعصاب، فإنها تكون ظروف استثنائية لا يعول عليها ولا يسأل المالك الذي تسبب في هذا الضرر.

لكن إذا كانت هذه الظروف راجعة إلى الغرض الذي خصص له العقار المجاور، كما لو كان العقار المجاور لمصنع قد خصص لكي يكون داراً للعلاج أو الاستشفاء، فهل تدخل في الاعتبار لمعرفة ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف؟

يرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز الاعتداد بالغرض الخاص الذي أعد له عقاراً لجاز إذ ليس من المعقول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك في

الاستعمال تبعاً للظروف الخاصة بكل جار على حدة. فالمشرع عندما نص على أن يراعى العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر «والغرض الذي خصصت له» لا يشير إلى ذلك العقار الذي يملكه الجار وحده بل يشير إلى كافة العقارات المحيطة بعقار المالك الذي يراد مساءلته[1].

بينما ذهب البعض الآخر، بحق، إلى وجوب الاعتداد بالغرض الذي خصص له العقار ما دام هذا التخصيص عادياً أي كظاهرة مألوفة كوجود مستشفى في حي سكني[2].

ومن هؤلاء الفقهاء من يرى أنه بالرغم من أن الاعتداد بالغرض الذي خصص له العقار يعتبر اعتداداً بالظروف الشخصية للجار المضرور، إلا أن هذا له ما يبرره لأن هذه الظروف عادية وليست استثنائية[3]. ومنهم من يرى أن الاعتداد بالغرض الذي خصص له العقار لا يعتبر اعتداداً بظرف شخص بقدر ما هو اعتداد بظرف موضوعي، أدخله المشرع في الاعتبار عندما قال «والغرض الذي خصص له»[4].

(ب) أثر الأسبقية في التملك أو الاستغلال في تقدير الضرر:

وهنا أيضاً التساؤل يطرح نفسه هل هناك أثر لأسبقية الاستغلال أو التملك على تقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف؟

ذهب البعض إلى أن الأسبقية في التملك والاستغلال تجعل المالك غير مسؤول عما يحدث للملاك اللاحقين من أضرار نشأت عن استغلاله لملكه

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٦٢ ص ١٣٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ٦٧.

(٢) مازو، المسؤولية المدنية، جـ ١ فقرة ٦٠٤ ـ ٦٠٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ٢٣، ص ٥٨، السنهوري، الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٢٩، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٢٣.

(٣) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١١٥،

(٤) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص ١٤٩، ١٥٠٢.

على وجه خاص. فإذا بنى شخص منزلاً للسكنى بجوا مصنع كان قائماً من قبل فإنه لا يحق له أن يتضرر من المضايقات التي يسببها له المصنع، وقد أخذت بذلك بعض المحاكم في مصر[1]. كما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٢٠٧ التي تنص على أن «رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً، فجاء آخر وأحدث عنده بناء، فإن كان المحدث متضرراً فعليه رفع الضرر. كما لو أحدث شخص داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد، فليس له أن يعطل دكان الحداد بقوله أنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد. وكذا إذا أحدث رجل داراً بالقرب من بيدر قديم، فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً أن غبار البيدر يجيء على داري».

هذا الـرأي، على إطلاقه، غير مقبول إذ يؤدي إلى أن يتمكن المالك الذي بدأ باستغلال ملكه على وجه خاص، كإقامة مصنع مثلاً، من فرض إرادته على الملاك المجاورين بإجبارهم على استغلال أملاكهم في نوع معين من الاستغلال يتلاءم مع الاستغلال الذي اختاره لنفسه، وإلا يكون البديل تحملهم الأضرار غير المألوفة الناشئة عن هذا الاستغلال دون أن يكون لهم الحق في طلب التعويض. ولهذا فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى أن مجرد الأسبقية في الاستغلال لا تؤثر في مسؤولية المالك. وإنما **يكون لهذه الأسبقية أثرها في هذا الشأن إذا كانت أسبقية جماعية، بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة الحي وتصبغه بطابع خاص**، كأن يصبح الحي صناعياً، فمن يأتي بعد ذلك ويبني منزلاً في هذا الحي فلا يجوز له أن يرجع بالتعويض على صاحب المصنع المجاور عن الأضرار التي تلحقه بسبب وجود المصنع[2].

(١) محاكم الاستئناف الأهلية، ١٠ ديسمبر ١٩٢٧، المحاماة ٨ ص ٤٩٨ رقم ٣٢٦.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٢، ص ١٣٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ٢٣ ص ٥٩، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٨، ص ١٥٠، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٤٥، ص ٦٨، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ١٢٤ السنهوري الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٣١. ويبدو أن هذا هو =

٢ ـ جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوفة وأثر الترخيص الإداري:

جزاء المسؤولية عن المضار غير المألوف لا يقتصر على التعويض النقدي، الذي يدفعه المالك المسؤول، وإنما للجار أن يطلب كذلك إزالة هذه المضار.

وإزالة المضار تعتبر من قبيل التعويض العيني عن الإخلال بالالتزام في الماضي وتنفيذاً عينياً للالتزام في المستقبل. وتتخذ هذه الإزالة صوراً مختلفة بحسب ظروف كل حالة. ويجوز بالإضافة إلى إزالة المضار الحكم بتعويض الجار عما لحقه في الماضي من أضرار.

وللقاص ألا يجيب الجار المضرور في طلب الإزالة اكتفاء بالتعويض، وذلك إذا كانت إزالة المضار يترتب عليها إرهاق للمالك بحيث تسبب له خسارة فادحة وكان الاكتفاء بالتعويض لا يلحق الجار المضرور بضرر جسيم (م ٢٠٣/ ٢ مدني مصري).

لكن كثيراً ما يكون الاستعمال الذي قام به المالك وأدى إلى الإضرار بالجار مرخصاً به من الجهة الإدارية المختصة، كما هو الحال بالنسبة للمحال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة التي يستوجب القانون الحصول على ترخيص إداري لإنشائها أو تشغيلها. **فهل لهذا الترخيص أثر على مسؤولية المالك»**؟.

أجابت المادة ٨٠٧ مدني مصري على ذلك بقولها «... ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق» كما لا أثر لهذا الترخيص على سلطة القاضي التقديرية في تقدير الجزاء المناسب، إزالة

= ما تأخذ به المذكرة الإيضاحية إذ تقول «إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم، **وقد وجد في ناحية مناسبة له**، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة، فليس لصاحب حق البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة، بل هو الذي يلزمه دفع الضرر عن نفسه» (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٢).

المضار، أو التعويض عن المضار غير المألوفة[1] لأن الترخيص الإداري لا شأن له بحقوق الغير وإنما هدفه التحقق من توافر الشروط المتطلبة قانوناً. كما أن حكم القاضي بالإزالة لا شأن له بالقرار الإداري الصادر بالترخيص وإنما هو يقضي بتعويض الجار عن الضرر الذي أصابه. فالقاضي يباشر اختصاصه في هذا الصدد في مجال منفصل تماماً عن مجال القرار الإداري[2].

أساس المسؤولية على المضار غير المألوفة:

في فرنسا حيث لا يوجد نص ينظم التزامات الجوار فقد اختلف الفقه حول تحديد الأساس الذي تقوم عليه[3].

في مصر نظم المشرع التزامات الجواز بنصوص صريحة (م ٨٠٧ مدني) ومع ذلك اختلف الفقه أيضاً حول أساس هذه المسؤولية ـ

فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الغلو في استعمال الملكية يعتبر خروجاً على حدود هذا الحق كما قررها القانون، ومن ثم يكون خطأ تقصيرياً يوجب المسؤولية[4]. وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي على أساس أن مجاوزة

---

(١) بينما يرى جانب من الفقه أن الترخيص الإداري يجعل سلطة القاضي قاصرة على الحكم بتعويض نقدي فقط لأن الحكم بالإزالة للاستغلال المرخص به فيه مساس باختصاص جهة الإدارة في فرنسا بلانيول وريبير وبيكار، فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦، كولان وكابيتان ودي لاموranدير، فقرة ١٠٢٦ ص ٨٢٧، محمد علي عرفة، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٥٣، وفي لبنان نقولا أسود الأموال مذكرات على الآلة الناسخة ص ٢٢٨ وحكم محكمة استئناف الشمال المدنية قرار رقم ٢٦٧ مجموعة حاتم جـ ٥٠ ص ٦٣.

(٢) وهذا هو رأي جمهور الفقهاء في مصر انظر المرجع السابق الإشارة إليها.

(٣) فقد ذهبت آراء إلى أن أساس هذه المسؤولية، تحمل التبعة، الالتزام القانوني، المسئولية عن الأشياء، الخطأ، التعسف في استعمال الحق انظر في ذلك كله بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣ فقرة ٤٦٨ ـ ٥٧١، دي باج، جـ ٥، فقرة ٩١٤، أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد لسنة ١٧ ص ١٢٦ ـ ١٢٩.

(٤) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٥١ ص ٨٣٢، هامش ٤، فقرة ٥٦٣ ص ٨٤٩، =

الحق تفترض أصلاً فعلاً غير مشروع في ذاته بينما فعل المالك هنا مشروع في ذاته ولكنه ينقلب ـ حسب ظروف الحال وملابساته ـ إلى فعل غير مشروع بالنظر إلى نتيجته غير المألوفة[١].

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن مسؤولية المالك في هذا الصدد تعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق التي نصت عليها المادة ٥ مدني مصري[٢]. وقد لاحظ بعض الفقهاء أن المشـرع قد حدد معايير التعسف في هذه المادة واستبعد من بينها الضرر غير المألوف. كما أن من شأن التوسع في نظرية التعسف في استعمال الحق بما يخرجها عن المعايير المحددة يؤدي بها إلى أن تصاغ صياغة عامة غامضة تخشى نتائجها على فكرة الحق ذاتها[٣] ثم إن المعنى الظاهر للفظ التعسف يكفي لاستبعاد نظرية المضار غير المألوفة من نطاق هذه النظرية، إذ كيف يجوز أن يقال أن من يستغل مصنعاً أو يفتح مدرسة، ولو في حي مخصص للسكنى الهادئة، يكون متعسفاً[٤].

وأخيراً يذهب بعض الفقهاء، بحق إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ترجع إلى تنظيم خاص لعلاقات الجوار. فهي مسؤولية يمليها التضامن الاجتماعي بين الجيران[٥]. فإذا كانت فكرة حسن الجوار مسألة ذات طابع أخلاقي، إلا أن القانون في بعض الحالات يرقى بها إلى

= حشمت أو ستيت، المرجع السابق، فقرة ٤٥٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص ١٣١، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ٨٦، ٨٧، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٨٣، ص ١٠٩.

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٧، ص ١٤٦.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٦٧، ص ١٤٤، محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ١٩٢ ص ٢٤٦.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٣١ هامش ١.

(٤) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣ فقرة ٧٠، ريبير بولانجيه، ١٩٥٧، جـ ١ فقرة ٢٦٨٣.

(٥) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ٤٣ ص ٦٢.

مصاف الالتزامات القانونية[1].

ثانياً: القيود التي تتعلق بالمياه

عنى المشرع المصري بتنظيم القواعد المتعلقة بالري والصرف في تشريعات خاصة منذ أواخر القرن الماضي (لائحة الترع والجسور الصادرة بالأمر العالي في ٢٢ فبراير ١٨٩٤). وفي التقنين المدني الجديد عنى المشرع بأن ينظم المسائل المتعلقة بقيود الري والصرف (م ٨٠٨ ـ ٨١١ مدني مصري) ثم صدر بعد ذلك قانون شامل بالري والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ ثم عدل هذا القانون عدة تعديلات آخرها بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١. وستقتصر دراستنا على القيود المفروضة في التقنين المدني علي الملكيات الخاصة لمصلحة الأراضي المجاورة بتخويل ملاك تلك الأراضي حق الشرب والمجرى والصرف أو المسيل.

١ ـ **حق الشرب**: وهو حق الشخص في ري أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر. وبهذا يعتبر حق الشرب قيداً على استئثار المالك بملكه. ولذلك نصت المادة ٨٠٨ مدني مصري على أن «١ ـ من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعماله. ٢ ـ ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد ستوفى حاجته منها. وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها».

ويتجلى تقييد الملكية في هذه الحالة أن مالك المسقاة الخاصة، وهو يملك أيضاً ما فيها من مياه، إن كان له بحسب الأصل الانتفاع بها وحده، إلا أنه يجبر على تمكين غيره من الانتفاع بها.

---

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٨ ص ١١٣، فقرة ٤٩ ص ١١٧.

وهذا القيد نطاقه محدد من حيث الأشخاص ومن حيث الأراضي. فحق الشرب مقرر فقط للملاك المجاورين. كما أن هذا الحق يثبت للأراضي المجاورة للمسقاة ذاتها أو للأرض التي فيها المسقاة حيث أن المشرع لم يحدد المقصود بالجوار[1] وهذا هو التفسير السليم للنص، حيث أن النص لم يخصص الجوار على نحو معين، كما أنه يتفق مع ما تقتضيه حاجة ري الأراضي الزراعية[2].

وحق الشرب يعطي لملاك الأراضي المجاورة استعمال المسقاة في ري أراضيهم ولكن بشرط أن يساهموا في نفقات إنشائها وصيانتها بنسب مساحة أراضيهم التي تنتفع بها. ويقتصر الاشتراك في نفقات الإنشاء فقط وليس الاشتراك في تعويض المالك عن قيمة الجزء من الأرض التي شقت فيه القناة، ولذلك تظل القناة مملوكة لصاحبها ملكية خاصة[3]. ومن هنا كان المالك مقدماً في استعمال المسقاة عن هؤلاء جميعاً.

---

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٧١ ص ٣٦٤، ٣٦٥، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٧، إسماعيل غانم، الرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١٠٩، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٧٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص ٦٦، السنهوري الوسيط، جـ ٨، فقرة ٤٤٦.

(٢) عكس ذلك، محمد كامل مرسي، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٢٩٣، محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٢٠٨ ص ٢٦٤، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٩٨ حيث يرى أن النص يقرر حكماً استثنائياً على خلاف الأصل المقرر وهو استئثار المالك بملكه فلا ينبغي التوسع فيه.

(٣) نقض ٢١/ ٢/ ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٧٣ حيث قضت المحكمة أن تقرير هذا الحق (حق المجرى والشرب) يختلف عن حق الملكية فالحيازة باستعمال المسقاة في الري ركوناً إلى ذلك الحق تعتبر حيازة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تنتفي معه نية تملك أرض المسقاة، وتبقى هذه الحيازة المتجردة من هذه النية غير صالحة للتمسك بالتملك مهما طال أمدها إلا إذا حصل تغيير في سببها».

٢ ـ حق المجرى: هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر في أرض غيره المياه الكافية لري أرضه.

وقد نصت المادة ٨٠٩ مدني مصري على أنه «يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً».

ويشترط لثبوت حق المجرى للمالك أن تكون أرضه بعيده عن مورد المياه. ويستوي في ذلك أن يكون المورد البعيد الذي يراد الاتصال به هو النيل أو ترعة عامة أو مسقاة خاصة. غير أنه إذا كان المورد هو النيل أو ترعة عامة، فيجب على مالك الأرض التي يراد ريها أن يحصل على ترخيص من الجهة المختصة تبيح له إنشاء فتحة لأخذ المياه في جسر النيل أو الترعة. أما إذا كان المورد مسقاة خاصة مملوكة للغير فيجب أن يكون لمالك الأرض التي يراد ريها. حق أخذ المياه من هذه المسقاة إما بمقتضى اتفاق مع مالك المسقاة الخاصة، وإما بمقتضى حق الشرب المنصوص عليه في المادة ٨٠٨ مدني مصري.

ويثبت حق المجرى للمالك التي لا تتوافر المياه الكافية لري أرضه. فلا يشترط أن تكون هذه المياه ضرورية لري أرضه، كما لا يشترط أن تكون هذه الأرض محرومة تماماً من المياه. فإذا كان لمالك الأرض البعيدة عن مورد المياه بئراً يستخرج منه المياه، ولكن هذه المياه لا تكفي لري الأرض، كان له حق المجرى[١].

ويجب على المالك الذي له حق المجرى أن يعوض صاحب الأرض التي يمر فيها المجرى تعويضاً عادلاً. ويشمل هذا التعويض مقابل الحرمان من الانتفاع من الجزء الأرضي الذي يشغله المجرى، كما يشمل الأضرار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٤٤، وانظر نقض ١١/١١/١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ع ٣ ص ١٠٤٤.

الأخرى التي تلحقه بسبب شق المجرى في أرضه (م ١٨ من قانون الري والصرف).

٣ ـ **حق الصرف أو المسيل**: ـ هو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في تصريف المياه الزائدة عن حاجة الأرض بعد ريها، إما في مصرف خاص لغيره، وإما خلال أرض غيره لتصب في أقرب مصرف عمومي ـ وقد وردت أحكام حق الصرف في المادتين ٨٠٨، ٨٠٩ واللتين تنظمان حق الشرب وحق المجري.

ويتضح من ذلك أن هناك حالتين لحق الصرف:

أ ـ الحالة الأولى وهي التي تقابل حق الشرب، م ٨٠٨ مدني مصري، ومقتضاها أنه يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المصرف الخاص بجارهم فيما تحتاجه أراضيهم من صرف، بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته منه، على أن يشتركوا في نفقات إنشاء المصرف وصيانته بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منه.

لكن لا يستفيد من حق الصرف أو المسيل إلا الأراضي التي تجاور المصرف الخاص ذاته. أما الأراضي المجاورة للأرض التي يخترقها المصرف فلا ينطبق عليها هذا الحكم. وترجع التفرقة في هذا الصدد بين حق الشرب وحق الصرف إلى أن المشرع في المادة ٨٠٩ مدني لم يجز مرور مياه الصرف في الأراضي المجاورة التي يملكها الغير إلا لكي تصب في أقرب مصرف عمومي. ولذلك لا يجوز إنشاء قناة في أرض الجار لكي تمر فيها مياه الصرف إلى مصرف خاص يملكه الغير[1].

---

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٧٩، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٦١، إسماعيل غانم، فقرة ٥٣ ص ١١٢، ١١٣، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩، ص ٦٩ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٧٨، عكس ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٥٢، حيث يرى أن الجار له حق شق مصرف في أرض المالك لكي يصب في المصرف الخاص لهذا المالك.

ب ـ الحالة الثانية وهي تقابل حق المجرى، م ٨٠٩، ومقتضاها أنه يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر في أرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة والبعيدة عن المصرف العام لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلاً.

ويختلف حق الصرف في هذه الحالة عن حق المجرى في أن هذا الأخير يجيز الوصول إلى مورد المياه أياً كان، بينما لا يجيز حق الصرف سوى الوصول إلى أقرب مصرف عمومي.

ويثبت حق الصرف للمالك الذي لا يتوافر لديه مصرف كاف لصرف أرضه (م ١٦ من قانون الري والصرف). ويجب على المالك الذي له حق الصرف في هذه الحالة أن يعوض صاحب الأرض التي يمر فيها المصرف الخاص تعويضاً عادلاً، على النحو السابق بيانه في خصوص حق المجرى.

ـ أحكام عامة:

هذه الأحكام تنطبق على الشرب والمجرى والصرف جميعاً وقد نصت عليها المادتان ٨١٠ و٨١١. ولنر ذلك بشيء من التفصيل: ـ

١ ـ فيما يتعلق بتعويض الأضرار، نصت المادة ٨١٠ مدني مصري على أنه «إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها، سواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر».

٢ ـ فيما يتعلق بالإصلاحات الضرورية، نصت المادة ٨١١ على أنه «إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم».

إذا تعدد المنتفعين وجب عليهم أن يقوموا بالإصلاحات الضرورية التي يقتضيها التطهير والصيانة وحفظ الجسور في حالة جيدة. وتكون نفقات هذه الإصلاحات شركة بينهم بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع بالمسقاة أو

المصرف، فإذا لم يتفقوا على ذلك جاز إجبارهم عليه بناء على طلب أي واحد منهم (وقد نصت على أحكام تفصيلية في هذا الشأن م ١١، ١٢ من قانون الري والصرف).

في القانون اللبناني:

ونظراً لاختلاف طبيعة الأراضي الزراعية في لبنان فإن هناك قيود تتعلق بالمياه تتفق وهذه الطبيعة ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ القيد المتعلق بالمسيل الطبيعي للمياه من الأراض العالية على الأراضي الواطئة:

تنص المادة ١/٥٩ من قانون الملكية العقارية على «أن الأراضي الوطيئة مسخرة تجاه الأراضي التي تعلوها لتلقي المياه السائلة طبيعياً من الأراضي العالية، بدون أن يكون ليد الإنسان دخل في إسالتها» «ولا يجوز لصاحب الأرض الوطيئة أن يقيم سداً ليمنع هذا المسيل» «ولا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يحتال ليزيد عبء الارتفاق على الأرض الوطيئة» وهذا النص منقول عن المادة ٦٤٠ من التقنين المدني الفرنسي.

ويعتبر هذا القيد من القيود القانونية التي ترد على كل ملكية توجد في ظروف معينة. ولذلك لا يعتبر من قبيل حقوق الارتفاق، إذ أن الارتفاق يشكل عبءً استثنائياً يتقرر بفعل الإنسان ولا يتعلق إلا بملكية معينة. ولذلك فإن هذا القيد معفى من النشر والإعلان (م ٥٨ ملكية عقارية) ومقتضى هذا الإعفاء تكون هذه الحقوق في مرتبة الحقوق المدونة في السجل العقاري بحيث تسري عليها أحكامها ومن بينها عدم سريان التقادم[1].

وهذا النص يعالج وضعاً طبيعياً قائماً دون تدخل من الإنسان. فالأرض الواطئة التي تتحمل بتلقي المياه السائلة سيلاً طبيعياً من الأرض العالية، هي

(١) محكمة التمييز المدنية الغرفة الثالثة، قرار رقم ١١٥ بتاريخ ٢ حزيران سنة ١٩٦٩ مجموعة حاتم، جـ ٩٥ ص ٢٧.

بحسب وضعها الطبيعي معرضة لذلك. ويستوي في ذلك أن تكون الأرض الواطئة مملوكة ملكية خاصة أو تكون من الأموال العامة. والمياه التي تسيل طبيعياً هي مياه الأمطار والمياه الناشئة عن ذوبان الثلوج ومياه الينابيع المتفجرة من باطن الأرض بصفة طبيعية دون حفر. وأن مسيل هذه المياه مسيل طبيعي تحدد مجراه بفعل الطبيعة وحدها. كما يقصد بالأرض العالية تلك التي تكون بحالتها الطبيعية كذلك.

ويترتب على ذلك أن مالك الأرض الواطئة لا يكون له الحق في أي تعويض نظير العبء الذي تتحمل به أرضه. ولكن ذلك مشروط لشرطين: ـ

(أولاً) ألا يقيم مالك الأرض الواطئة أي عائق أو حاجز أو سد يحول دون سيل المياه سيلاً طبيعياً (م ٥٩ ملكية عقارية). أو يؤدي إلى إبطائها بحيث تتخلف الرمال والحصى التي تحملها في الأرض العالية. إنما يحق له أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر الناجم عن سيل المياه.

(ثانياً) في مقابل ذلك لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يتدخل ليزيد بعمله العبء الواقع على الأرض الوطيئة (م ٥٩/ ٣ ملكية عقارية) فيجب أن يبقى القيد في الحدود التي أوجدتها الطبيعة دون زيادة مصطنعة من جانب صاحب الأرض العالية. ولذلك ليس له تغيير المجرى الطبيعي لمسيل المياه، أو زيادة كميتها أو قوة اندفاعها، أو تفجير المياه تفجيراً صناعياً.

هذه هي القاعدة بحدودها التي حددها المشرع، ومع ذلك فإن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما خرج عليها في حالتين: ـ

الحالة الأولى: زيادة العبء الذي تتحمله الأرض الواطئة في مقابل تعويض (م ٦٠/ ١ و٢ ملكية عقارية). في هذه الحالة تبقى الأرض الواطئة مجبرة على تلقي المياه السائلة من الأرض العالية في حالة زيادة العبء الذي تتحمله الأرض الواطئة نتيجة الاستعمال الذي يمارسه مالك الأرض العالية لمياه الأمطار الساقطة في أرضه أو مياه العيون الطبيعية النابعة فيها أو نتيجة الاتجاه الذي يوجه إليه هذه المياه، على أنه يكون لصاحب الأرض الواطئة

الحق في الحصول على تعويض مقابل الزيادة من العبء الواقع على أرضه.

الحالة الثانية: تدخل مالك الأرض العالية وقيامه بتفجير المياه في أرضه تفجيراً صناعياً عن طريق السبر أو الحفر وحق مالك الأرض الواطئة في الحصول على تعويض مما يلحقه من ضرر بسبب سيل هذه المياه (م ٦٠/ ٣ ملكية عقارية) وفي هذه الحالة تبقى الأرض الواطئة مجبرة على تلقي المياه السائلة من الأرض العالية.

والاستثناء في هاتين الحالتين لا ينصرف إلى جميع العقارات وإنما أخرج المشرع البيوت والباحات والبساتين والجنائن والعرصات المسورة الملاصقة للمساكن (م ٦٠/ ٤ ملكية عقارية) بحيث أنها لا تتحمل بأدنى زيادة من العبء في هاتين الحالتين.

٢ ـ القيود المتعلقة بالري والصرف:

تضمن قانون الملكية العقارية على أربعة قيود فيما يتعلق بالري والصرف فيما يتفق وطبيعة الأراضي، حق المجرى، حق إقامة السدود أو المنشآت الفنية، حق صرف المياه الفائضة بعد الري، حق صرف مياه الأرض لتجفيفها أو استصلاحها.

(أ) حق المجرى: وفي ذلك تنص المادة ٧٧ ملكية عقارية على أنه «يمكن لكل صاحب عقار يريد أن يستعمل لري أرضه المياه الطبيعية أو الاصطناعية التي يكون له حق التصرف بها، أن يحصل على مرور هذه المياه في الأراضي المتوسطة بينها وبين أرضه بشرط أن يعجل عن ذلك تعويضاً».

وهذا النص يواجه حالة الأرض البعيدة عن مورد المياه، إذ يعطي لمالكها حق جلب المياه لريها من أقرب مورد مناسب عن طريق تمريرها وإجرائها عبر أرض الجار مقابل تعويض هذا الجار.

ويتحدد نطاق هذا الحق بالأراضي الزراعية المحتاجة إلى الري. ولذلك فإن هذا الحق ينحسر إذا كان القصد من تمرير المياه في أرض الجار استخدامها في غير غرض الري، وبالتالي يستطيع الجار أن يرفض مرور هذه

المياه في أرضه ولو مقابل تعويض.

وهذا الحق يخول لمالك الأرض المحتاجة إلى الري الأخذ من المياه البعيدة، طبيعية كانت أم اصطناعية، بتمريرها عبر أرض الجار. هذه المياه قد تكون من مجرى عام حصل المالك على ترخيص بالأخذ منه من الجهات المختصة، كأن يكون هذا المجرى نهراً، أو تكون هذه المياه موجودة في أرض منفصلة يملكها مالك الأرض المراد ريها، أو تكون مياهاً موجودة في أرض لغير المالك ولكن حصل هذا المالك على حق ارتفاق بالأخذ منها عن طريق الاتفاق مع مالكها.

وفي جميع الأحوال يجب على المالك الذي له حق المجرى أن يعوض صاحب الأرض التي يمر فيها المجرى. ويشمل هذا التعويض قيمة الأضرار التي تترتب على شق المجرى، مقابل الحرمان من الانتفاع بالجزء من الأرض الذي يشغله المجرى، وقيمة الأضرار الأخرى التي قد تصيب الأرض من جراء شق المجرى دون النظر إلى مقدار النفع الذي يمكن أن يعود على مالك الأرض التي تم ريها. ويراعى عند شق المجرى أن يكون ذلك في الجزء من الأرض المتوسطة الذي يكون مرور المياه فيه أخف ضرراً[١].

(ب) حق إقامة السدود والمنشآت الفنية: وفي ذلك نصت المادة ٧٩ ملكية عقارية على أنه «مع الاحتفاظ بالأحكام النظامية المتعلقة بمآخذ المياه، يمكن لكل صاحب عقار مجاور لمجرى ماء إذا أراد استعمال المياه لري أرضه أن يحصل، لقاء تعويض معجل، على إجازة إسناد الإنشاءات الفنية اللازمة لإقامة مآخذ المياه ـ إلى الأرض الواقعة تجاه أرضه على ضفة المجرى» وهذا النص مأخوذ من المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في ١١ تموز سنة ١٨٤٧.

وهذا النص يواجه حالة أرض تكون ملاصقة لمجرى ماء يمكن

(١) محكمة استئناف جبل لبنان المدنية الأولى قرار رقم ١٢٣ في ٨ آذار سنة ١٩٦٩ مشار إليه في عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ٨٨.

الحصول منه على المياه اللازمة لريها، إلا أن ذلك يتطلب إقامة سد لرفع مستوى مياه المجرى، وهذا يقتضي إقامة منشآت فنية تستند إلى الضفتين. فإذا كان الضفة المقابلة ملاصقة لأرض مملوكة لشخص آخر وجب على هذا الشخص أن يقبل إسناد المنشآت اللازمة إلى هذه الضفة.

ويتحدد نطاق هذا الحق بالأراضي المحتاجة إلى الري، والغرض منه تيسير الحصول على المياه من أجل هذا الغرض. ولذلك لا ينصرف إلى الحالات التي يراد الحصول فيها على المياه لأغراض أخرى. وهذا الحق مقرر مقابل تعويض للجار الذي أسندت المنشآت إلى أرضه.

وإذا كان للجار الذي أسندت المنشآت إلى أرضه مصلحة في الانتفاع بها فقد خوله المشرع الحق في ذلك لكن في مقابل فقده الحق في التعويض بالإضافة إلى تحمله بنصف نفقات الإنشاء والصيانة. (م ٨٠ ملكية عقارية). وإذا طلب الجار الانتفاع بالسد بعد إقامته، واقتضى ذلك إجراء تعديل فيه، وجب عليه أن يتحمل وحده نفقات هذا التعديل فضلاً عن مشاركته بالنصف من تحمل نفقات الإنشاء الأصلي والصيانة. وهذا الحكم يقرره المشرع الفرنسي صراحة، ويجب الأخذ به في القانون اللبناني لأنه يتفق مع القواعد العامة[1].

(جـ) **حق صرف المياه الزائدة بعد الري**: في ذلك نصت المادة ٧٨ ملكية عقارية على أنه «يمكن أيضاً لصاحب العقار المذكور (صاحب حق المجرى بمقتضى المادة ٧٧) أن يحرز إجازة، لقاء تعويض معجل، في أن تمر المياه التي تسيل من أرضه بعد ريها على هذه الصورة في الأراضي التي تكون تحتها».

وهذا النص يواجه حالة مالك الأرض الزراعية العالية الذي ينشىء مصرفاً خاصاً في أرض الجار الواطئة لكي تمر فيه مياه الصرف. وهذا الحق

---

(١) حسن كيرة، دروس في الحقوق العينية الأصلية في القانون اللبناني المقارن ص ١٣٠، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ٨٩.

يختلف عن قيد المسيل الطبيعي للمياه من الأراضي العالية على الأراضي الواطئة السابق الإشارة إليه (م ٥٩ ملكية عقارية) من حيث أن قيد المسيّل الطبيعي يقتصر فقط على المياه التي تسيل سيلاً طبيعياً دون تدخل من جانب الإنسان، بينما حق الصرف يتعلق بالمياه الزائدة عن حاجة الأرض بعد ريها، سواء كانت مياه طبيعية أو صناعية. كما أن قيد المسيل الطبيعي يتقرر بقوة القانون ويواجه وضعاً طبيعياً. وبالتالي لا يخول، كأصل عام، صاحب الأرض الواطئة الحق في التعويض، أما حق الصرف فهو مقرر مقابل تعويض معجل يراعى فيه قدر الضرر اللاحق بالأرض الواطئة من جراء مرور مياه الصرف.

(د) **حق صرف مياه الأراضي لتجفيفها أو لاستصلاحها**: وفي ذلك تنص المادة ٨١ من قانون الملكية العقارية على أن «لكل صاحب عقار يريد إصلاح أرضه، بإسالة مياهها أو بأية طريقة كانت للتجفيف، أن يجر هذه المياه مقابل تعويض عادل معجل الدفع، تحت الأرض أو فوقها عبر الأراضي الفاصلة بين أرضه وبين مجرى ماء أو أي خندق آخر لمسيل المياه، . . .».

وهذا النص يواجه الحالة التي يرغب فيها صاحب أرض مغمورة بالمياه أن يستصلحها عن طريق إسالة هذه المياه أو بأية طريقة أخرى للتجفيف فأعطى له الحق في صرف هذه المياه عبر الأراضي المجاورة إلى أي مجرى أو خندق، وذلك مقابل تعويض.

والعلة من تقرير هذا الحق هو تيسير عملية استصلاح الأراضي المغمورة بتجفيفها بأية طريقة بغية استثمارها أياً كان وجه هذا الاستثمار.

والنص في عباراته مطلق فلا اعتبار في هذا الشأن لمصدر المياه طبيعياً كان أو صناعياً، طالما أن هذه المياه متخلفة في الأرض بعد ريها. كما يستوى أن تكون أرض الجار الفاصلة في مستوى الأرض التي يراد صرف مياهها أو تكـون منخفضة عنها. أما طريقة الصرف فأية طريقة ملائمة تصلح طالما من شأنها التخفيف من الأضرار التي تلحق الأرض الفاصلة. ويحدد

القضاء عند عدم الاتفاق طريقة الصرف وتعيين مجراه بحسب ظروف كل حالة.

ويستثنى المشرع من ذلك الحكم البيوت والباحات والحدائق والجنائن والعرصات المسورة المجاورة للمساكن» (م ٨١ ملكية عقارية) فهذه لا تخضع لقيد صرف مياه الأرض لإصلاحها. ويجب على مالك الأرض المراد إصلاحها بهذا الصرف أن يتحمل تكاليف الإنشاءات اللازمة لتمرير المياه عبر الأرض الفاصلة فضلاً عن تعويض صاحب الأرض الفاصلة تعويضاً معجلاً عما يسببه هذا المرور لأرضه من أضرار.

وإذا كان لأصحاب الأراضي المجاورة أو التي تجتازها المياه مصلحة في الانتفاع بالمجرى أو المنشآت التي أقيمت لصرف المياه في إسالة مياه أراضيهم. أعطى المشرع لهم هذا الحق مقابل اشتراكهم في نفقات الإنشاء والصيانة بنسبة انتفاعهم. وإذ اقتضى هذا الاشتراك في الانتفاع إدخال تعديلات على المنشآت المقامة، فإنهم يتحملون وحدهم تكاليف هذه التعديلات (م ٨٢ ملكية عقارية).

ثالثاً: القيد الخاص بالمرور القانوني

تمهيد

سبق أن رأينا أن الأصل أن للمالك وحده أن يستأثر بالانتفاع بالشيء الذي يملكه، وبالتالي له أن يمنع غيره من المرور في أرضه. ولكن قد يكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام، مما يؤدي إلى تعطيل استغلالها إذا لم يتمكن مالكها من الحصول على حق ارتفاق بالمرور من الأراضي المجاورة للوصول إلى الطريق العام.

لذلك قرر المشرع لمالك تلك الأرض الحق في المرور في الأراضي المجاورة للوصول إلى الطريق العام. ومن هنا يبدو هذا الحق كقيد قانوني على مالك الأرض المجاورة.

يتضح من ذلك أن حق المرور في حالة الانحباس هو حق تقرر لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام يخول له الحصول على ممر في الأراضي المجاورة للوصول إلى هذا الطريق.

وقد نصت المادة ٨١٢ مدني مصري على أن «١ ـ مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض عادل، ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً ومن موضع منه يتحقق فيه ذلك» «٢ ـ على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف من أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء».

ونصت المادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه «لصاحب العقار المحاط من كل جانب والذي لا منفذ له إلى الطريق العمومية أن يطلب ممراً من الأراضي المجاورة مقابل دفعه تعويضاً بنسبة الضرر الذي قد يسببه، ويعطي نفس الحق صاحب العقار الذي ليس له إلا منفذ غير كاف لاستثماره استثماراً زراعياً أو صناعياً».

وتنص المادة ٧٥ ملكية عقارية لبناني على أنه «يجب نظاماً أن يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافة الأرض المحاطة إلى الطريق العمومية أقصر ما يمكن» «على أنه يجب أن يعين الممر في النقطة التي يسبب فتحه فيها أقل ضرر لصاحب الأرض الذي يكون منحه».

وأخيراً تنص المادة ٧٦ ملكية عقارية لبناني على أنه «إذا أصبحت الأرض محاطة من كل جانب بسبب تجزئتها إثر بيع أو مبادلة أو قسمة أو أي عقد كان، فلا يجوز طلب ممر إلا في الأراضي التي تكون هذه المعاملات قد

جرت عليها. بيد أنه إذا تعذر فتح ممر كاف في الأراضي المقسومة، تطبق عندئذ المادة ٧٤».

وعلى ضوء ذلك سنتكلم عن: أولاً: نطاق الحق في المرور، ثانياً: أحكام حق المرور، وأخيراً عن حالة الانحباس الناشيء عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني.

(أولاً) نطاق الحق في المرور:

وهنا سنحدد نطاق هذا الحق من حيث الأشخاص، ومن حيث المكان.

(١) من حيث الأشخاص:

يثبت هذا الحق بطبيعة الحال لمالك العقار المحبوس، وهذا ما يدل عليه ظاهر نص المادة ٨١٢ مدني مصري والمادة ٧٤ ملكية عقاري لبناني.

لكن الفقه لا يقف عند هذا الظاهر ويعطي هذا الحق لكل من له حق عيني على العقار يخوله استعماله واستغلاله، طالما أن ممارسة هذا الحق تتطلب الاتصال بالطريق العام. ولذلك فإن هذا الحق يثبت للمنتفع وصاحب حق الاستعمال أو السكنى والمحتكر، بالقدر اللازم لمباشرة هذه الحقوق على الوجه المألوف.

ولا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية، كالمستأجر، حيث أن حقوقهم لا تنصب مباشرة على العقار المحبوس وإنما يصل إليها عن طريق شخص معين، وهو المدين، مالك العقار أو صاحب حق عيني آخر عليه. ومن ثم فلا يجوز لهم المطالبة بحق المرور مباشرة، بل يتعين أن تكون المطالبة عن طريق مدينهم.

ولا يثبت هذا الحق للغير الذي تقتضي الضرورة قيامة بأعمال ترميمية أو إنشائية وتتطلب أن يدخل أرض المالك أو يمر بها. وكذلك الشخص الذي يكون في حاجة إلى هذا المرور لاستعادة أشياء ضائعة أو لتحقيق أية

مصلحة مشروعة أخرى[1].

كما لا يثبت هذا الحق للجمهور حتى لو كانت أرض المالك واقعة على الطريق العام وأصبح المرور في هذا الطريق متعذراً[2].

(٢) من حيث المكان:

وهنا سنتكلم عن الأرض المقرر لها حق المرور، والأراضي التي يثبت فيها حق المرور، وأخيراً تعيين الممر وطريقة المرور.

(أ) الأرض المقرر لها حق المرور:

حق المرور يتقرر للأرض المحبوسة عن الطريق العام سواء كان هذا الانحباس كلية إذا كانت الأرض يصلها بالطريق العام أي ممر، أو جزئياً، إذا كانت لا تتصل بهذا الطريق إلا بممر غير كاف. ويعتبر الممر غير كاف إذا كان لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يشمل على نص يتناول هذه الحالة، وهو نص المادة ١١٧٩ والذي يقضي بأن «على كل مالك أن يأذن في نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال، لكل شخص ذي مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص، أو لاستعادة أشياء ضائعة، أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ» وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذه المادة تجنباً للتوسع في قيود الملكية وإكتفاء بالقواعد العامة التي يقررها القانون في النصوص الخاصة بالتعسف في استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٨، ٤٩.

(٢) وقد ورد في مشروع التقنين المدني المصري نص يتعلق بهذه الحالة وهو المادة ١١١٨ والتي تنص على أنه «على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام، إذا أصبح المرور في الطريق متعذراً، أن يسمح بمرور الجمهور في أرضه بشرط أن يكون المرور بالقدر المعقول، فإذا نشأ من ذلك ضرر، وجب على الجهة الإدارية القائمة على شؤون الطرق العام أن تعـوض المالك إذا اقتضى الحال ذلك» وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إلى الحكم الذي أوردته مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٩، ٥٠.

(م ٨١٢/ ١ مدني مصري) وكفاية الممر أو عدم كفايته مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع ويتقرر هذا الحق للأرض المحبوسة عن طريقه العام أياً كانت طريقة استعمالها أو استغلالها، فيستوي في ذلك أن تكون الأرض المحبوسة أرض بناء أو أرضاً زراعية أو من الأراضي المعدة للاستغلال الصناعي.

في القانون اللبناني يتحقق الانحباس الكلي للأرض المحبوسة أياً كانت طريقة استعمالها واستغلالها، بينما لا يتحقق الانحباس الجزئي، الذي يعطي لصاحب العقار حق المرور القانوني، إلا إذا كان العقار مخصصاً للاستعمال الزراعي أو الصناعي فقط (م ٧٤ ملكية عقارية).

(ب) الأرض التي يثبت فيها حق المرور:

يرد حق المرور على الأراضي المجاورة أياً كانت طبيعتها وأياً كان وضعها القانوني.

فيستوي أن تكون هذه الأراضي زراعية أو غير زراعية. وقدتكون هذه الأرض ملحقة بأحد المنازل، كحديقة أو فناء ولو كانت محاطة بسور، غير أن المالك لا يجبر في هذه الحالة على هدم السور، بل يكتفي بإقامة باب يسلم مفتاحه إلى صاحب الحق في المرور[١].

ويستوي أن تكون هذه الأراضي من الأملاك الخاصة أو من الأملاك العامة للدولة؛ ولكـن يشترط في هذه الحالة الأخيرة ألا يتعارض حق المرور مع الغرض الذي خصص له المال العام. ويصح أن يتقرر المرور في أرض لا يجوز التصرف فيها، كالأراضي الموقوفة.

(جـ) تعيين الممر وطريقة المرور:

يخول القانون الحق في المرور بقصد تيسير استعمال العقار المحبوس واستغلاله. ولذلك فإن هذا الحق يجب أن يكون ضرورياً لاستعمال العقار

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣، فقرة ٩٣١. محمد علي عرفة المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٢٢٩، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٩.

واستغلاله. ومن هذا فإنه **يخضع في وجوده وفي مداه لحاجات هذا الاستعمال والاستغلال**.

ولذلك فإن العبرة في تقدير لزوم الممر ومدى كفايته بطبيعة وأهمية الاستعمال أو الاستغلال الذي أعد له العقار. وقد نصت المادة ٨١٢ مدني مصري على ذلك صراحة بقولها أن مالك الأرض المحبوسة يكون «له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف». وعلى ذلك فالأراضي المبنية للسكنى، إذا توافر لها ممر لا يصلح إلا لمرور المشاة لا تعتبر محبوسة، فلا يكون لمالكها أن يطالب بحق المرور القانوني. ولكن هذا الممر لا يكون كافياً لأرض زراعية يقتضي استغلالها على الوجه المألوف أن تمر الماشية والعربات. كما أن الأرض التي أنشىء عليها مصنع تحتاج إلى ممر كاف لمرور سيارات النقل الكبيرة مما لا تحتاج إليه الأرض المبنية منازل للسكنى أو الأرض التي تستغل زراعياً.

وكذلك فإن تغيير أو تعديل طريقة الاستعمال أو الاستغلال قد يستتبع ثبوت الحق في المرور، أو الحد من حق مرور قائم، أو انقضاء هذا الحق. فقد يصبح الممر الذي يصل الأرض بالطريق العام غير كاف للاستغلال الجديد بعد أن كان كافياً للاستغلال القديم، كما لو صارت الأرض الزراعية تستغل في عمل صناعي، فإن المالك يحق له أن يطالب بممر يكفي هذه الاحتياجات الجديدة. وقد يحدث العكس، أن تقل الاحتياجات للممر بشكل ملحوظ أو تنعدم، فينكمش الحق في المرور أو ينقضي. كل ذلك مشروط بألا يكبد المالك نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمة العقار أو يحمله مشقة كبيرة.

ويحرص القانون على ألا ينجم عن تقرير هذا الحق الذي يقيد الملكيات المجاورة إلا أقل ضرر ممكن. ولذلك نصت المادة ٨١٢/ ١ مدني مصري على أن حق المرور «لا يستعمل إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك» وعلى هذا فإنه ليس من المحتم أن يقرر حق المرور على الأرض الأقرب إلى الطريق العام أو موضع منها

يجعل الممر أقصر مسافة إليه، إذا كان من شأن ذلك تحميل هذه الأرض بعبء أو ضرر كبير، وكان من الممكن تخفيف هذا العبء أو تقليل ذلك الضرر عن طريق إطالة الممر بتقريره على أرض أخرى أو على موضع آخر من نفس الأرض. في القانون اللبناني يقضي بأن يكون المرور على الأرض الأقرب إلى الطريق العام (م ٧٥/ ١ ملكية عقارية) ولو كانت هذه الأرض تتحمل نتيجة لذلك بضرر أكبر من الضرر الذي تتحمله أرض أخرى أبعد عن الطريق العام لو تم المرور فيها. أما إذا تعينت الأرض التي تكون محلاً للمرور فيجب أن يكون موضع الممر هو الموضع الذي يكون أخف ضرراً لصاحبها، والحكم في هذه الحالة لا يختلف القانون اللبناني فيه عن القانون المصري.

وتحديد نطاق المرور بتعيين المرر وطريقة المرور فيه قد يتم بالاتفاق بين مالك الأرض المحبوسة وبين مالك الأرض المجاورة. فإن لم يتيسر هذا الاتفاق رفع الأمر إلى القضاء. وفي هذه الحالة تراعي المحكمة القواعد والشروط المقررة في هذا الصدد وعلى النحو السابق بيانه.

وحق المرور على هذا النحو قد يمارس على سطح الأرض أو في باطن الأرض، كإنشاء نفق أو مد أنابيب، أو أن يمارس في الفضاء، كمد أسلاك تمر عليها القاطرات اللازمة لاستغلال محجر قائم في أحد الجبال. كل هذه الصور تدخل في مفهوم نص المادة ٨١٢/ ١ مدني مصري والتي تتكلم عن المرور «في الأراضي المجاورة» (وانظر أيضاً م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) وذلك بخلاف نص التقنين المدني الفرنسي الذي يتكلم عن المرور على الأراضي المجاورة، مما أوجد بعض الشك في حقيقة مدلوله في الفقه والقضاء هناك[1].

إذا أقدم مالك الأرض المحبوسة على المرور في أرض الجار دون أن يتم تعيين الممر وطريقة المرور باتفاق بينه وبين الجار أو بمقتضى حكم من

---

(١) حسن كيرة المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١١.

القاضي، فإنه يحق للجار في هذه الحالة أن يعترض، فيطلب تقرير المرور في أرضه أخرى مجاورة يكون المرور فيها أخف ضرراً، أو يطلب تعيين موضع للمرور في أرضه أخف ضرراً من الموضع الذي اختاره مالك الأرض المحبوسة، أو يطلب تعديل طريقة المرور بما يتفق ومقتضيات استعمال الأرض المحبوسة واستغلالها على الوجه المألوف. فإذا سكت عن المطالبة بشيء من ذلك واستمر مالك الأرض المحبوسة يستعمل الممر الذي اختاره وبالطريقة التي اختارها مدة خمس عشر سنة سقط حق الجار في الاعتراض وبالتالي يتأكد موضع وطريقة المرور، حتى ولو كان هذا الموضع ليس هو الموضع الأخف ضرراً أو كانت هذه الطريقة لا يقتضيها استعمال الأرض المحبوسة واستغلالها. وبالرغم من كل ذلك فإن طبيعة المرور لن تتغير، إذ يبقى هذا الحق هو حق المرور القانوني الذي نصت عليه المادة ٨١٢/ ١ مدني مصري. ويترتب على ذلك أن ينقض الحق فيه بزوال حالة الانحباس[1].

(ثانياً) أحكام حق المرور:

وندرس هنا مناط حق المرور، وثبوت الحق فيه، ومقابل المرور، وأخيراً انقضاء الحق في المرور.

(١) مناط حق المرور ـ انحباس الأرض عن الطريق العام:

علة تقرير حق المرور ومناطه الانحباس عن الطريق العام. فحق المرور وسيلة قررها القانون لتمكين الأرض المحبوسة من الاتصال العام بغية تيسير استعمالها واستغلالها. فحيث يتحقق لأرض مثل هذا الانحباس، يثبت لها القانون حقاً في المرور بالأراضي المجاورة ليتحقق لها وسيلة للاتصال بالطريق العام.

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص ١٢٠، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١٢، ١١٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٠١ السنهوري، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٧١. مع ذلك قارن منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٧٩، ٨٠.

يستوي في هذا الانحباس أن يكون كلياً أو جزئياً على النحو السابق بيانه. فيكفي أن يتحقق لأرض مثل هذا الانحباس حتى يثبت لها حق المرور القانوني.

ولا ينتفي هذا الحق لمجرد أن يكون في الإمكان إنشاء ممر في ذات الأرض أو توسيع ممر قائم بها ليتفق مع مقتضيات استعمال الأرض أو استغلالها، إذا كان ذلك لا يتيسر إلا بنفقة باهظة لا تتناسب مع قيمة الأرض أو أهمية الاستغلال المعدة له، كأن يستلزم الأمر أقامة قنطرة أو كوبري إذا كانت الأرض يفصلها عن الطريق العام ترعة أو نهر(١).

كما لا ينتفي هذا الحق لمجرد أن يكون في الإمكان سلوك منفذ أو ممر موجود فعلاً في الأرض إذا كان في سلوكه خطر أو مشقة كبيرة، كأن يكون شديد الانحدار بما لا يتفق ومقتضيات استعمال الأرض واستغلالها. على العكس من ذلك لا يكفي مجرد وعورة الممر الموجود للمطالبة بثبوت الحق القانوني في المرور، طالما أنه في حيز الاحتمال أو ممكن إزالتها بنفقات قليلة(٢).

بينما ينتفي هذا الحق إذا كان هناك ممراً كافياً يستعمله المالك فعلاً للوصول إلى الطريق العام، إذ بذلك ينتفي الانحباس، حتى ولو لم يكن المالك مستنداً في هذا الاستعمال إلى سند قانوني، كما لو كان يستند في استعمال لممر جار إلى حق ارتفاق متنازع عليه، أو بناء على مجرد تسامح من جانب ذلك الجار، طالما أنه لم يحرم من المرور لعدم أحقيته في الارتفاق أو لعدول الجار عن تسامحه(٣).

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص١٠٦، انظر نقض ١٩٧٤/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض س ٥، ص ١٥٤٧.

(٢) محمد على عرفة، المرجع السابق، جـ١ فقرة ٢٣١، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٦٠ حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٦.

(٣) بلانيول وريبير وبيكار، جـ٣، فقرة ٩٢٦، ٩٢٧، محمد كامل مرسي، المرجع السابق، جـ١ فقرة ٣٢٣، محمد علي عرفة، المرجع السابق، جـ١ فقرة ٢٣١، =

وينتفي هذا الحق إذا كان انحباس الأرض عن الطريق العام قد نشأ عن فعل مالكها. كأن يشغل بالبناء الممر الذي كان يصل الأرض بالطريق العام، أو يتنازل عن حق ارتفاق بالمرور كان مقرراً لأرضه، أو يترك هذا الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال(١).

(٢) ثبوت الحق في المرور بقوة القانون:

لقد رتب القانون الحق في المرور على حالة واقعية هي حالة الانحباس عن الطريق العام على النحو السابق بيانه. وعلى ذلك يثبت هذا الحق بقوة القانون بمجرد توافر حالة الانحباس ويظل قائماً ما بقيت حالة الانحباس قائمة.

وبناء على ذلك فإن حق المرور يثبت بقوة القانون بمجرد توافر حالة الانحباس دون توقف على المطالبة به. فهذا الحق يوجد قبل المطالبة بتعيين الممر وطريقة المرور وقبل تقدير التعويض المستحق. ويترتب على ذلك أن إقدام مالك الأرض المحبوسة على المرور في الأرض المجاورة قبل تعيين المرور وطريقته بالاتفاق أو بحكم المحكمة، لن يوقعه تحت طائلة قانون العقوبات، إذ أنه صاحب حق. وإنما قد يترتب على ذلك إلزامه بتعويض إضافي إذا كان قد سلك طريقاً للمرور غير الذي عينته المحكمة بعد ذلك.

ولا يترتب على عدم المطالبة بالحق في المرور أن يسقط بعدم الاستعمال، فهو باق ما دامت حالة الانحباس قائمة، وتجوز المطالبة به في أي وقت.

= شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٣٦٠، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٦٦، انظر عكس ذلك حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٢، السنهوري، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٦٦.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٦٨.

(٣) مقابل المرور:

حق المرور القانوني يتقرر على الأرض المجاورة للأرض المحبوسة لقاء تعويض عادل (م ١/٨١٢ مدني مصري م ٧٤ ملكية عقارية لبناني). والتعويض العادل هو الذي يعوض المالك عن الضرر الذي يسببه له وجود الممر في أرضه. ولذلك لا يدخل ضمن عناصر تقدير التعويض مدى النفع الذي يعود على الأرض المحبوسة نتيجة اتصالها بالطريق العام، أو ثمن الموضع الذي يمارس فيه المرور إذ هو يبقى رغم ذلك على ملك صاحبه.

لا يشترط أن يكون دفع التعويض مقدماً. فإذا لم يتم الاتفاق على طريقة دفع التعويض كان للمحكمة أن تحدد هذه الطريقة. غير أن مالك الأرض المجاورة التي تقرر المرور فيها أن يمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور إلى أن يوفي بما استحق دفعه من التعويض طبقاً للقواعد العامة في حق الحبس[١].

وإذا لم يتم تقدير التعويض بالتراضي أو بالتقاضي، وسكت صاحب الحق في التعويض عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة في القانون المصري (م ٣٨٤ مدني) أو عشر سنوات في القانون اللبناني (م ٣٤٩ موجبات وعقود) سقط الحق في المطالبة بتقرير التعويض وتحديد قيمته. ويبدأ سريان هذه المدة من وقت البدء في ممارسة المرور، لأن هذا هو الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض وتجوز فيه المطالبة. أما إذا تم تقدير التعويض، فإنه بذلك يصبح ديناً ثابتاً في ذمة مالك الأرض المحبوسة وتسقط دعوى المطالبة به بالتقادم لمضي خمس عشرة سنة في القانون المصري، أو عشر سنوات في القانون اللبناني من وقت استحقاقه.

(٤) انقضاء الحق في المرور:

قلنا أن انحباس العقار هو علة الحق في المرور القانوني ومناط تقريره. وبناء عليه فإن زوال الانحباس يترتب عليه انقضاء حق المرور أياً كان السبب

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٥٨.

الذي أدى إلى الزوال، وأياً كان الوقت الذي تحقق فيه الزوال[1].

فيزول الانحباس وينقضي الحق في المرور إذا تم افتتاح طريق عام ملاصق للأرض، أو إذا قام المالك بشراء أرض ملاصقة تتصل بالطريق العام، أو إلى أي سبب آخر.

ويستوي أن يزول الانحباس قبل المطالبة بالممر وتعيينه في أرض الجار، أو بعد أن تم تعيينه واستعماله فعلاً. في هذه الحالة الأخيرة يكون لصاحب الأرض المحبوسة أن يسترد من التعويض الذي كان قد دفعه لمالك الأرض المجاورة قدراً مناسباً للضرر الذي لم يقع، حيث أن هذا التعويض كان مقدراً لقاء عبء كان ينتظر دوامه.

ولن يمنع انقضاء الحق القانوني في المرور بمجرد زوال الانحباس استمرار مالك الأرض المحبوسة في ممارسة هذا المرور في أرض الجار طوال خمس عشرة سنة استمر فيها الانحباس. فلن يفيد ذلك في اكتساب حق في المرور بالتقادم. لأن الحيازة اللازمة لاكتساب الحق بالتقادم تتضمن معنى التعدي على ملك الجار بنيـة تحميله عبئاً استثنائياً لفائدة عقار المتعدي، بينما حق المرور في أرض الجار المقرر وفقاً لأحكام المادة ١/٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) ليس إلا رخصة لمالك الأرض المحبوسة ويعتبر قيداً عادياً من القيود القانونية للملكية. فلا تتحقق إذن بممارسته حيازة مكسبه لحق ارتفاق بالمرور بعد مضي خمس عشرة سنة، فالحيازة في هذا الشأن لا تقوم على عمل يأتيه شخص على أنه رخصة من المباحات (م ٩٤٩ مدني مصري)[2].

---

(١) انظر عكس ذلك حكم محكمة التمييز اللبنانية في ٦ كانون الثاني ١٩٧٠، مجموعة حاتم، جـ ٩٨ ص ٢٩ حيث يرى أن حق المرور القانوني «بعد تكريسه نهائياً، يظل قائماً ولا يزول بمجرد زوال الإحاطة، بل يزول بزوال المنفعة منه كلياً» وهذا الحكم يصطدم مع علة تقرير حق المرور القانوني.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦.

(ثالثاً) الانحباس الناشىء عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني:

بعد أن عرض المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) لحق المرور القانوني على النحو السابق بيانه. نص في الفقرة الثانية على ما يأتي:

«على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا يجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء».

وعلى ضوء ما تقدم يتضح لنا أن نص المادة ٨١٢ مدني مصري (م ٧٤، ٧٦ ملكية عقارية لبناني) يواجه فرضين:

الفرض الأول: المادة ٨١٢/١ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) تواجه حالة واقعية، وضع قائم، هي حالة انحباس الأرض عن الطريق العام، على النحو السابق بيانه، لذلك رتب القانون الحق في المرور لتيسير استعمال الأرض المحبوسة واستغلالها، ومن ثم فإن هذا الحق يخضع في وجوده ومداه لحاجات هذا الاستعمال أو ذلك الاستغلال. وقد فصلت الأحكام على ضوء علة الحكم والحكمة من تقريره على النحو السابق بيانه.

الفرض الثاني: المادة ٨١٢/٢ مدني مصري (م ٧٦ ملكية عقارية لبناني) تواجه حالة مختلفة، يكون فيها العقار متصل أصلاً بالطريق العام، ثم يتجزأ بمقتضى تصرف قانوني، أي بإرادة المالك، كما لو بيع جزء منه واستبقى المالك الجزء الآخر، أو بيع العقار كله أجزاء إلى مشترين مختلفين، أو كان العقار مملوكاً على الشيوع ثم يقسم بين الشركاء المشتاعين فيختص كل منهم بجزء. ويترتب على هذه التجزئة أن يصبح أحد هذه الأجزاء أو بعضها محبوساً عن الطريق العام. فإن كان من المستطاع إيجاد ممر كاف لهذا الجزء المحبوس في الأجزاء الأخرى ليمكنه من الاتصال بالطريق العام، فلا يجوز لمالك الجزء المحبوس أن يطالب بالمرور إلا في هذه الأجزاء، وبالتالي لا

يجوز له أن يطالب بالمرور في الأراضي المجاورة الأخرى[1].

وعلة هذا الحكم أن الانحباس الطارىء عن الطريق العام كان نتيجة تصرف قانوني أي عمل إرادي من جانب المالك أو الملاك المشتاعين، فلا يجوز أن يحمل الملاك الآخرين قيداً على حقوقهم من جراء هذا العمل الإرادي، وإنما على أطراف التصرف أنفسهم أن يتحملوا ما يترتب على تصرفهم من نتائج. ولذلك فإن هذا الحكم لا ينطبق إذا لم تكن التجزئة التي ترتب عليها الانحباس قد نتجت عن تصرف قانوني أجراه مالك العقار الأصلي، كما لو نزعت ملكية جزء من العقاء للمنفعة العامة، أو اكتسب شخص من الغير ملكية جزء منه بالتقادم المكسب، إذ في هذه الحالات يصبح لمالك الجزء الذي انحبس أن يطالب بحق المرور القانوني طبقاً للمادة ١/٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) في أي من الأراضي المجاورة ويتعين استعمال هذا الحق في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً حتى ولو لم يكن هذا العقار جزءاً من العقار الأصلي الذي حدثت تجزئته[2].

وبناء على ذلك فإن الحكم الوارد في المادة ٢/٨١٢ مدني مصري (م ٧٦ ملكية عقارية لبناني) لا يتضمن تعديلاً للقواعد الواردة في المادة ١/٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) ينحصر فقط في تحديد الأماكن التي يتم فيها المرور كما يفهم ذلك من عبارة النص (م ٨١٢/ ٢ مدني مصري) ومذكرته الإيضاحية. فمالك الجزء الذي انحبس بسبب تجزئة العقار الأصلي، إذ يطالب بالمرور في الجزء الآخر من العقار فقط، لا يستند إلى حق المرور القانوني، فليس له هذا الحق، بل يستند إلى حق قرره له المشرع

(١) نقض ٣١/ ١٢/ ١٩٧٤، الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ١٥٤٧، فإذا لم يكن مستطاعاً أو لأنه لم يتيسر الحصول على ممر كاف في إجزاء العقار الأخرى، فإنه يكون مالك العقار عندئذ الحق في الحصول على الممر الكافي في أحد العقارات المجاورة وفقاً لحكم المادة ٨١٢/ ١ مدني.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٢٤.

يختلف عن حق المرور القانوني، المقرر في الفقرة الأولى، من حيث مصدره وماهيته.

ففيما يتعلق بمصدر الحق في المرور المقرر في المادة ٢/٨١٢ مدني مصري (م ٧٦ ملكية عقارية لبناني) لا خلاف في الفقه على أنه التصرف القانوني الذي ترتب عليه تجزئة العقار.

لكن الفقهاء يختلفون في تحديد الأساس القانوني لهذا الحق. فمنهم من يعتبر أساسه الالتزام الواقع على عاتق المالك المتصرف بضمان الانتفاع بالشيء[١] ومنهم من يرى أن الأساس هو التزام مالك العقار بتسليم الشيء وتوابعه أو ملحقاته ومنها حق المرور[٢] ولكن هذه الأسس إن استقام واحد منها في حالة أو أكثر فهو لا يستقيم في أحوال أخرى[٣]. ومنهم من يذهب إلى أن التصرف الذي أبرمه مالك العقار والذي أدى إلى تجزئته ينطوي على إرادة ضمنية بإنشاء ارتفاق بالمرور في أجزاء العقار المتصلة بالطريق العام لصالح الأجزاء المحبوسة[٤] ويلاحظ على هذا الرأي أن القول بوجود إرادة ضمنية لا يتحقق في بعض الحالات إلا على سبيل الافتراض. وتفسير القواعد القانونية بافتراض اتجاه الإرادة اتجاهاً معيناً تفسير معيب من الناحية الفنية[٥].

وذهب البعض، بحق، إلى أن التصرف الذي أدى إلى تجزئة العقار

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٣ فقرة ٩٣٤، محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٢٣٦ وقارن عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٤٣ ص ٣٨٧.
ويؤخذ على هذا الرأي أن هذا الالتزام لا يمكن تصوره في حالة ما إذا باع المالك جزء من العقار واستبقى لنفسه الجزء المحبوس، وكما في حالة ما إذا بيعت أجزاء العقار إلى مشترين متعددين، إذ لا يلتزم المشتري بالضمان قبل البائع في الحالة الأولى، ولا يلتزم المشترون قبل بعضهم بالضمان في الحالة الثانية.

(٢) بيدان وفواران، جـ ٤ فقرة ٥٤٠ ويصدق على هذا الرأي نفس الانتقادات السابعة.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥.

(٤) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٨.

(٥) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩، هامش ١ ص ١٢٥.

يولد التزاماً على عاتق صاحب الجزء المتصل بالطريق العام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور لصالح الجزء المحبوس، ولو لم يرد فيه شرط صريح أو ضمني، لأن هذا من مستلزمات التصرف، وذلك تطبيقاً لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ التي تنص على أنه «لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه. ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرق والعدالة بحسب طبيعة الالتزام»[1] (انظر المواد ٣٧٠، ٣٧١، ١/٢١١ موجبات وعقود لبناني). وهذه هي القاعدة العامة في تحديد نطاق التصرف القانون، أي بيان الالتزامات التي تترتب على التصرف[2]. وبمقتضاها يترتب على التصرف التزام على عاتق مالك الجزء المتصل بالطريق العام بأن ينشىء حق ارتفاق بالمرور في أرضه لصالح مالك الجزء المحبوس. ومقتضى ذلك ألا تنطبق المادة ١/٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني)، إذ لن يتحقق الانحباس على المعنى المقصود في هذا النص ما دام هناك التزام بإنشاء حق ارتفاق بمقتضى التصرف ذاته الذي نشأت عنه التجزئة[3]. ولهذا

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩.

(٢) انظر مؤلفنا في مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢١٥ وما بعدها.

(٣) انظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٧٧ هامش ١ ص ١٥١ ـ ١٥٣ حيث يرى أن هذا الرأي لا يسلم هوالآخر من النقد الذي يوجه إلى الآراء الأخرى. فهو إذا كان يستقيم في كثير من الحالات؛ إلا أنه لا يستقيم في حالات أخرى، وعلى الأخص إذا ما نص صراحة في التصرف القانوني الذي ترتبت عليه تجزئة العقار على أنه ليس للجزء المحبوس عن الطريق العام المرور في الأجزاء الأخرى، إذ كيف ينص التصرف على حرمان صاحب الجزء المحبوس ويمكن مع ذلك إسناد الحق في المرور إلى هذا التصرف؟ والواقع أنه لا مناص من التسليم بأن الحق في المرور في حالة الانحباس المترتب على تجزئة العقار هو مرور قانوني. ولكن في الحقيقة لا يمكنا التسليم بهذا التكييف حيث أن المرور القانوني قد فقد أحد شروطه وهو ألا يكون الانحباس راجعاً إلى فعل المالك. وفي الحالة التي نحن بصددها إذا قبل صاحب الجزء المحبوس صراحة حرمانه من المرور في الأجزاء الأخرى للعقار للاتصال بالطريق العام فإنه يكون بذلك قد تنازل عن حق الارتفاق الذي كان يمكن =

نص المشرع في الفقرة الثانية على أنه لا يجوز المطالبة بالحق في المرور الأرض المجاورة الأخرى[1]، ولكن هذا مشروط بأن يكون من المستطاع إيجاد ممر كاف في هذه الأجزاء، وبالتالي يمتنع القول بأن إعطاء المرور من مستلزمات التصرف إذا لم يكن من المستطاع إيجاد الممر في الأجزاء الأخرى، وفي هذه الحالة ينفتح المجال للمرور المقرر في المادة ١/٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني).

أما فيما يتعلق بماهية حق المرور المقرر في المادة ٢/٨١٢ مدني مصري (م ٧٦ ملكية عقارية لبناني) فإنه يعتبر حق ارتفاق بالمعنى الدقيق[2]، مصدره الإرادة أو التصرف، أما الحق القانوني في المرور المقرر في المادة ١/٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) فهو قيد قانوني، مصدره القانون، يرد على الملكية بوجه عام، ويمثل الوضع العادي للملكية.

ويترتب على هذا الاختلاف في المصدر، وما يستتبعه من اختلاف في التكييف النتائج الآتية:

(١) يسقط الحق في طلب إنشاء الارتفاق، وهو حق شخصي، بالتقادم أي بانقضاء مدة التقادم من وقت الانحباس. وإذا كان الالتزام قد نفذ ونشأ

= يتقرر له بالاتفاق الصريح عليه في التصرف الذي ترتبت عليه التجزئة أو الذي كان يمكن أن يتقرر له باعتباره من مستلزمات التصرف الذي تمت به التجزئة ولذلك لا يحق له بأي حال الاستفادة من حق المرور القانوني.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥.

(٢) انظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٧٧، حيث يرى أن الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدني مصري (م ٧٦ ملكية عقارية لبناني) تعطي حق المرور القانوني، في حالة تجزئة العقار الناشيء عن التصرف القانوني، يأخذ كل أحكام هذا المرور دون المرور الاتفاقي، وأن هذه المادة تقتصر على مجرد التعديل في أحكام الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني مصري (م ٧٤ ملكية عقارية لبناني) فيما يتعلق بتحديد الأماكن التي يتم فيها المرور هامش ١ ص ١٥١، ص ١٥٣ وهذا على خلاف ما يذهب إليه الفقه سواء في فرنسا أو في مصر أو في لبنان (هامش ١ ص ١٥١).

حق الارتفاق بالفعل فإن هذا الحق نفسه يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ولو بقي الانحباس قائم (م ١٠٢٧ مدني مصري). ويسقط كذلك في القانون اللبناني بالنسبة إلى الأراضي غير الممسوحة. وفي هذه الحالة لا يحق لمالك الأرض المحبوسة أن يطالب بحق المرور القانوني بعد أن ترك حقه في الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال على النحو السابق بيانه.

(٢) إن حق المرور القانوني، باعتبار أنه مقرر بحكم القانون على أثر واقعة الانحباس، وبالتالي يمثل قيد على الملكية بوجه عام، يمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة، لا يتأثر في وجوده بتغير ملاك الأرض التي يباشر فيها المرور. أما الالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور فيخضع للقاعدة العامة الخاصة بانتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص. فإذا انتقلت ملكية الجزء المتصل بالطريق العام إلى خلف خاص، كالمشتري مثلاً، فلا ينتقل الالتزام بإنشاء الارتفاق بالمرور إلى هذا الخلف إلا إذا كان عالماً بوجوده وقت انتقال الملكية إليه. ويكفي لتحقق هذا العلم أن يكون الخلف الخاص عالماً أن الأرض التي انتقلت إليه كانت جزء من عقاء تمت تجزئته بناء على تصرف قانوني بحيث أصبح الجزء الآخر محبوساً[(١)]. ولكن إذا نفذ الالتزام ونشأ حق الارتفاق فيبقى هذا الحق قائماً، بمقتضى ما يخوله بصفته حقاً عينياً من تتبع، مهما تغير الملاك للعقار المرتفق به.

(٣) لا يلتزم مالك الجزء المحبوس بدفع تعويض مقابل حق المرور إذ الغالب أن يكون هذا الحق قد أخذ في الاعتبار عند تحديد المتعاقدان لالتزاماتهما المتقابلة في العقد الذي نتجت عنه التجزئة.

(٤) يذهب جمهور الفقهاء إلى أن زوال حالة الانحباس لا يؤدي إلى انقضاء حق مالك الجزء المحبوس في المطالبة بإنشاء ارتفاق المرور،

---

(١) إذا لم يكن الخلف الخاص عالماً وبالتالي لم ينتقل إليه الالتزام بإنشاء الارتفاق، فتكون بصدد حالة انحباس تؤدي إلى إعطاء مالك الجزء المحبوس حق المرور القانوني انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥ هامش ١ ص ٨٧.

وكذلك حق الارتفاق الذي تقرر بناء على ذلك. على أساس أنه ما دام الالتزام أو حق الارتفاق مصدره التصرف فيبقى قائماً، ولو زالت حالة الانحباس، إلى أن ينقضي وفقاً للقواعد العامة في إنقضاء الالتزامات أو حقوق الارتفاق[1].

لكن يذهب بعض الفقهاء، بحق، إلى أنه وإن كان الالتزام بإنشاء الارتفاق قد استخلص من التصرف طبقاً للقاعدة العام في أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه «ولكنه يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» (م ١٤٨/ ٢ مدني مصري). فالعدالة وطبيعة الالتزام تقتضي القول إن الالتزام بإنشاء حق الارتفاق، والارتفاق الذي يتقرر تنفيذاً لهذا الالتزام، مشروط بشرط فاسخ هو زوال حالة الانحباس. فحالة الانحباس وحدها هي التي دعت إلى اعتبار هذا الالتزام جزءاً من مضمون التصرف القانوني، فيتحدد هذا الالتزام بقدر الحاجة التي دعت إليه، فيزول بزوال الانحباس[2].

رابعاً: القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار

تمهيد وتحديد

يثير التلاصق في الجوار مشاكل عديدة بين الجيران. من أجل ذلك تدخل المشرع وفرض العديد من القيود على الملاك المتجاورين. وهذه القيود تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة. فهي إما

(١) بلانيول وريبير وبيكار، جـ ٤ فقرة ٩٣٤، محمد كامل مرسي، جـ ١ فقرة ٣٤٣، محمد علي عرفة، هـ ١، فقرة ٣٣٦، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣٤٣، حسن كيرة، فقرة ٤٦.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٥.

قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الأملاك المتلاصقة، أو قيود تتعلق بالحائط الفاصل بين عقارين، أو قيود تتعلق بالمسافات التي يجب أن تراعى فيما بينها عند فتح المطلات والمناور.

ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ - وضع الحدود: Le bornage

وضع الحدود عملية تتضمن تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين وإظهاره بعلامات مادية. ومشكلة وضع الحدود تثور بالنسبة للعقارات دون المنقولات. فالمنقول، بحكم أنه يمكن نقله من حيزه دون تلف، يكون منفصلاً انفصالاً مادياً عن غيره من الأشياء. أما العقارات فاتصال حدود كل منها بحدود غيره قد يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منها.

وعملية وضع الحدود يتطلب القيام بها إشتراك مالكي الأرضين المتجاورتين. وهو في ذاته عملية بسيطة إذا لم يكن هناك نزاع على الملكية. لكن وضع الحدود قد يثير نزاعاً على الملكية، وذلك حين يدعي أحد الجارين ملكيته لجزء من الأرض على الحدود الفاصلة بين الملكين فينكر الجار الآخر عليه هذا الادعاء، إذ يصبح الأمر متعلقاً بالاستحقاق لا بوضع الحدود.

وحتى يتعرف كل مالك على حدود ملكه في وضوع نصت المادة ٨١٣ مدني مصري على أن «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقة التحديد شركة بينهما».

ولم يرد في قانون الملكية العقارية اللبناني مقابل لنص المادة ٨١٣ مدني مصري. ولكن الماد ٨/٨٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية جعلت دعاوى تعيين الحدود من اختصاص القاضي المنفرد إذا لم تكن الملكية محل نزاع (م ٤٣/ ٢ مرافعات مصري) وبذلك افترض المشرع اللبناني وجود التزام يوجب على الجيران وضع حدود لأملاكهم المتلاصقة. ومن ثم يكون حكم هذا الالتزام هو الحكم ذاته في القانون المصري.

ووضع الحدود يختلف عن التحويط **cloture** حيث «ليس الجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه» (م ٨١٨/ ٢ مدني مصري).

ويثبت الحق في وضع الحدود بقوة القانون بناء على حالة واقعية تلاصق الملكين المتجاورين، فيبقى هذا الحق قائماً ما بقي التلاصق فلا يسقط بالتقادمه. والتلاصق المقصود في هذه الحالة هو التلاصق بين الملكيات الخاصة. ولا يتحقق التلاصق إذا فصل بين الملكين طريق عام أو مجرى عام، أما إذا فصل بينهما طريق خاص أو مجرى خاص فيكون التلاصق متحققاً، وبالتالي تثار مسألة وضع الحدود.

وتبدأ عملية وضع الحدود بتطبيق مستندات الجارين على الطبيعة لمعرفة الحد الفاصل بين ملكيهما، ثم تأتي عملية وضع العلامات المادية المميزة لهذا الحد. فإذا تم ذلك باتفاق الطرفين يحرر به محضر يوقع عليه كل منهما، أما إذا لم يتم اتفاق فلكل منهما أن يرفع دعوى تعيين الحدود، التي يختص بها القاضي الجزئي (م ٤٣/ ٢ مرافعات مصري، م ٨/٨٦ أصول محاكمات مدنية لبناني).

ونفقات التحديد تكون مشتركة بين الملاك؛ وتحتسب على أساس رؤوسهم، ولو اختلفت مساحة أرض كل منهم. وإذا اقتضى التحديد مسح العقارات ذاتها، فإن ذلك يكون على نفقة أصحابها، كل بنسبة المساحة التي يملكها.

٢ ـ الحائط الفاصل:

إذا تلاصق ملكان فإن الحائط الفاصل بينهما إما أن يكون مملوكاً للجارين معاً، وإما أن يكون مملوكاً ملكية خالصة لأحدهما.

وقد نظم القانون المدني المصري الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل في المواد ٨١٤ ـ ٨١٨ مدني. وهذه الأحكام مستمدة من القانون المدني السابق ومن الشريعة الإسلامية والتقنين الفرنسي ومشروع التقنين الإيطالي.

أما قانون الملكية العقارية اللبناني فلم يتناول إلا الحائط المشترك في المادتين ٧٠ و٧١ منه.

ونعرض فيما يلي لأحكام الحائط المشترك، ثم نعرض بعد ذلك للحائط المملوك لأحد الجارين فقط.

أ ـ الحائط المشترك mur mitoyen

ويعتبر اشتراك الجارين في ملكية الحائط الفاصل صورة خاصة للملكية الشائعة، إذ هو من قبيل الشيوع الإجباري. وكان المنطق يقضي بدراسته ضمن موضوعات الملكية الشائعة، ولكن آثرنا أن نعالجه في هذا المقام سيراً على نهج المشرع المصري. أما المشرع اللبناني فقد أورد النصين المتعلقين به بين ما أطلق عليه الارتفاق القانوني العائد للمنفعة الخصوصية. وهذا تكييف غير دقيق، حيث أن الشيوع الإجباري لا ينطوي على ارتفاق[١].

ولدراسة أحكام الحائط المشترك يجب أن نعرض، لإثبات الاشتراك في الحائط الفاصل، ثم لحقوق الشركاء في الحائط المشترك، وأخيراً نتعرف على أحكام إصلاحاته وتعليته.

(١) إثبات الاشتراك في الحائط الفاصل: قرينة قانونية في القانون المصري:

الأصل أن من يدعي الاشتراك في ملكية حائط يفصل بين ملكه وملك جاره أن يقيم الدليل على ما يدعيه. ولكن المشرع المصري قد خرج على هذه القواعد العامة، فأقام قرينة بمقتضاها أن «الحائط الذي يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بناءين يعد مشتركاً حتى مفرقهما، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» (م ٨١٧ مدني مصري).

ويشترط لقيام هذه القرينة شرطان: **الأول**: أن يكون الحائط فاصلاً بين بناءين. فلا يكفي أن يكون فاصلاً بين أرضين، أو بين أرض وبناء. **والثاني**: أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه. فإذا لم يوجد وقت إنشاء

(١) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٨١.

الحائط إلا بناء واحد، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط، فلا تقوم القرينة[1]. إذ يعتبر الحائط في هذه الحالة فاصلاً بين بناءين ومملوكاً ملكية خالصة لصاحب البناء الأول. .

فالجار الذي يدعي أنه شريك في ملكية الحائط الفاصل عليه أن يقيم الدليل على توافر هذين الشرطين. فإذا نجح في هذا الإثبات انطبق حكم القرينة، فيعتبر الحائط مشتركاً بينه وبين جاره حتى مفرق البناءين، أي حتى قمة البناء الأقل ارتفاعاً. أما الجزء الذي يعلو المفرق فيعتبر مملوكاً ملكية خالصة لصاحب البناء الأعلى. ويشمل حكم القرينة الحائط والأرض التي يقوم عليها.

ويستطيع الجار الآخر أن ينقض القرينة بالدليل العكسي. كأن يثبت أنه يملك الحائط كله، أو يثبت أنه استقل باستعمال الحائط والانفاق على إصلاحه مدة خمس عشرة سنة فتملكه بالتقادم أو يستدل بعلامات ظاهرة تفيد أن الحائط قد أعد لاستعمال أحد الجارين فحسب. وفي الحالات التي لا تقوم فيها القرينة يجري الإثبات طبقاً للقواعد العامة[2].

في القانون اللبناني لم يرد نص يتضمن مثل هذه القرينة، ومن ثم يجري الإثبات فيه طبقاً للقواعد العامة. لكن ليس هناك ما يمنع من أنه إذا ما توافرت شروط قيام هذه القرينة أمام القاضي اللبناني فإنه يستطيع أن يستخلص منها قرينة قضائية تساهم في إثبات الادعاء بالاشتراك في ملكية الحائط[3].

(٢) حقوق الشركاء في الحائط المشترك:

تنص المادة ١/٨١٤ مدني مصري على أن «لمالك الحائط المشترك أن

---

(١) المذكرة الإيضاحية للنص المذكور ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ ٦ ص ٦٩.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٨٢.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٨٢.

يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته»

وتنص المادة ٧٠ ملكية عقارية لبناني على أنه يجوز لصاحب حائط مشترك «أن يضع، من جهة عقاره، على الحائط المشترك وأن يسند إليه جسوراً أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذي يتحمله الحائط».

وعلى ذلك فإن للشركاء أن يستعملوا الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له. فاستعمال كل شريك للحائط المشترك يجب ألا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر له، وألا يكون من شأنه أن يحمل الحائط فوق طاقته.

وعلى ضوء ذلك لكل شريك أن يضع فوق الحائط عوارض ليسند عليها سقف بنائه، وله أن يسند إلى ظهر الحائط أبنية خفيفة أو أمتعة. وله أن يحدث حفراً في الحائط كي يهيء فيه مكاناً لدولاب أو مدفأة أو أنبوبة مياه أو نحو ذلك. لكن ليس له أن يفتح في الحائط مطلات أو مناور، لأن هذا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط، وهو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما[(١)].

فإذا جاوز الشريك القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط المشترك كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله، وللقاضي سلطة تقديرية بحسب ظروف كل حالة.

(٣) إصلاح الحائط وتجديده:

تنص المادة ٢/٨١٤ مدني مصري على أنه «إذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه». فإذا كان هناك خطأ من جانب أحد الجارين ترتب عليه

---

(١) محمد علي عرفة، جـ ١، فقرة ٢٤٣، عبد الفتاح عبد الباقي، فقر ١٠٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٨٣.

قيام الحاجة إلى الإصلاح أو الترميم، كان هو وحده الذي يتحمل نفقة هذا الإصلاح أو الترميم. أما إذا كانت الحاجة إلى الإصلاح أو الترميم لا ترجع إلى خطأ أي منهما ومع ذلك أصبح الحائط غير صالح للغرض الذي خصص له عادة، كانت نفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته. ويجوز لأي منهم أن يجبر الآخرين على المساهمة في هذه النفقات، ما دامت أنها ضرورية لاستعمال الحائط وفقاً للغرض الذي خصص له.

(٤) تعلية الحائط المشترك:

ـ قد يقتضي الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الجارين، في هذه الحالة يشتركان معاً في نفقات هذه التعلية كل بنسبة حصته ويظل الحائط مشتركاً بينهما في جميع أجزائه.

ـ إذا كان الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية وكانت للمالك مصلحة جدية في تعليته فله أن يعليه، حتى ولو دون موافقة شريكه الآخر بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً. كما أن عليه أن ينفق وحده على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشيء عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته (م ٨١٥/ ١ مدني مصري).

في القانون اللبناني لا يجوز للشريك أن يستقل بالتعلية دون موافقة شريكه (م ٧٠ ملكية عقارية). هذه الموافقة تخضع لقيد عدم التعسف في استعمال الحق، حيث لا يجوز للشريك أن يرفض الإذن لشريكه بالتعلية إلا لمبرر جدي ومشروع[1].

ـ إذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فإن الشريك الذي يرغب فيها أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بشرط أن يكون له مصلحة جدية في ذلك، وألا يلحق به شريكه ضرراً بليغاً. فإذا اقتضى الأمر زيادة في سمك الحائط فإن ما زاد في سمكه يقع في ناحيته هو بقدر الاستطاعة. على أن يتم كل ذلك على نفقة الشريك الذي له مصلحة في

(١) انظر حسن كيرة، الدروس، ص ٢٤٤، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٨٠.

ذلك. فإذا اقتضى الأمر أن تكون الزيادة في السمك من ناحية الشريك الآخر كان على من قام بالتعلية أن يدفع تعويضاً لشريكه عن ذلك. .

على أن الحائط المجدد يظل مشتركاً في غير الجزء المعلى، دون أن يدفع الجار لهذا الشريك الذي قام بالتعلية تعويضاً عن الفرق في القيمة بين الحائط القديم والحائط الجديد. وذلك لأن مصلحة الشريك وحده هي التي دعته إلى تجديد الحائط (٨١٥/ ٢ مدني مصري).

ـ **الحق في الاشتراك في الجزء المعلى**: إذا انفرد أحد الشريكين بتعلية الحائط المشترك في الفروض السابقة، أصبح الجزء المعلى ملكاً خالصاً له، وذلك سواء تمت التعلية دون تجديد الحائط أو بعد تجديده.

فإذا ما أصبح للشريك الآخر حاجة إلى الإفادة من الجزء المعلى فقد أعطاه القانون حق الاشتراك فيه جبراً على مالكه مقابل دفعة نصف نفقات التعلية ونصف قيمة الأرض التي تقوم عليها زيادة في السمك إن كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذي قام بالتعلية.

وعلى ذلك نصت المادة ٨١٦ مدني بقولها إن «للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة». وكذلك تنص المادة ٧١ ملكية عقارية لبناني على ما يأتي: «. . . . بيد أنه إذا زاد أحد الشركاء بالشيوع علو حائط، وذلك برخصة من الفريق الآخر، يحق لهذا الفريق إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة، أن يكتسب حق الشراكة في القسم المنشأ حديثاً في الحائط المشترك، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة وأن يدفع أيضاً، إذا اقتضى الأمر، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط» وحق الاشتراك في الجزء المعلى لا يسقط بالتقادم، فتجوز المطالبة به في أي وقت.

ب ـ الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين:

تنص المادة ٨١٨/ ١ مدني مصري على أنه «ليس للجار أن يجبر جاره

على تحويط ملكه ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦»[١].

وتنص المادة ٦١ ملكية عقارية لبناني على أنه «لكل صاحب عقار أن يسور ملكه، إلا إذا كان هذا التسوير يحول دون استعمال الارتفاق المترتب لمنفعة عقار مجاور».

وهذا النص مستمد من المادة ٥٤٧ من التقنين المدني والفرنسي الذي وضعت لأسباب تاريخية، إلا أن مقتضاه على كل حال أن المالك حر في أن يسور ملكه أو لا يسوره، فلا يستطيع الجار أن يجبره على ذلك. ومن ثم فإنه يتفق مع الحكم المذكور في النص المصري[٢].

وتنص المادة ٧١ ملكية عقارية لبناني على أنه «لا يلزم أحد التنازل لجاره عن حقه المشترك في الحائط» وعبارة هذا النص لا تتفق في دلالتها اللغوية مع الحكم المقصود منه. وترجم النص الفرنسي تفيد «أن أحداً لا يجبر على أن يخول جاره حق الاشتراك في الحائط الذي يملكه».

«Nul n'est tenu de céder à son voisin la mitoyenneté de son mur».

وهذا هو الحكم ذاته في القانون المصري[٣].

وعلى ذلك فإن الجار لا يملك أن يجبر جاره على تحويط ملكه، وإن كان يستطيع أن يجبره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة على النحو السابق بيانه.

وكذلك ليس للجار أن يجبر صاحب الحائط على الاشتراك فيه، حتى ولو بدفع تعويض مقابل اشتراكه. فمالك الحائط الفاصل المملوك له ملكية خالصة مطلق الحرية في قبول اشتراك الجار الآخر معه في الحائط أو عدم قبوله.

---

(١) هذا الحكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية انظر م ٦٩ من مرشد الجيران.
(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٨٧.
(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٨٧.

والأصل أن للجار الذي يملك الحائط الفاصل ملكية خالصة أن يباشر وحده عليه كل سلطات الملك، وبالتالي له أن يتصرف فيه تصرفاً مادياً أو تصرفاً قانونياً. غير أن المشرع المصري أورد قيداً على حق هذا الجار في أن يتصرف في الحائط بالهدم. فنصت المادة ٢/٨١٨ مدني مصري على أنه «ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط» ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق. ولذلك ينطبق في القانون اللبناني(١).

٣ ـ المطلات والمناور:

القاعدة أن للمالك أن يبني على كامل أرضه وأن يقيم حائط منزله على الحد الفاصل بين ملكه وملك جاره. غير أنه إذا أراد أن يحدث فتحات في هذا الحائط للإطلال أو التهوية أو الإضاءة فإنه يتقيد بالقواعد التي فرضها القانون في هذا الخصوص. والحكمة من تقرير هذه القيود في هذا الخصوص تجنب الكثير من المضايقات التي يمكن أن تنشأ بسبب وجود مطل على ملك الجار.

وتجب التفرقة بين المطلات والمناور لاختلاف أحكام كل منها.

أ ـ المطلات: هي فتحات يحدثها المالك في ملكه للنظر منها إلى الخارج أو للتهوية والإضاءة، كالنوافذ والمشربات والخارجات.

أنواعها: المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة.

المطلات المواجهة: هي التي تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة وهذا يفترض أن عقار الجار كله أو بعضه يقع في مواجهة الفتحات. فالخارجات (البكونات) عن البناء تعتبر مطلات مواجهة للعقارات المقابلة من أية ناحية من النواحي الثلاث.

---

(١) زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية علماً وعملاً، جـ ٢، ص ١١٤ توفيق فرج، فقرة ٨١.

وقد قيد القانون فتح المطلات المواجهة. فلا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر في القانون المصري (م ٨١٩/ ١) أو عن مترين في القانون اللبناني (م ٦٦ ملكية عقارية لبناني) وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة.

وهذه المسافة ينبغي أن تراعى مهما كانت طبيعة المطل، سواء كان نافذة أم مشربة أو خارجه، ومهما كان العقار المجاور، سواء كان بناء[1] أم أرضاً. ويستوي أن يكون مسكوناً أو غير مسكون.

لكن لا يسري هذا القيد إذا كان المطل مفتوحاً على الطريق العام، (م ٨٢٠ مدني مصري، ٦٨٢ ملكية عقارية لبناني) أو كان مفتوحاً على سطوح الأبنية (م ٦٨ ملكية عقارية لبناني).

ـ **المطلات المنحرفة**: وهي التي لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالالتفات إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالانحناء إلى الخارج. إذ يفتح في حائط يكون زاوية مع الحد الفاصل بين العقارين، بحيث يتعين على من ينظر منه إلى ملك الجار أن يلتفت أو ينحني.

وتعتبر الخارجة مطلاً منحرفاً بالنسبة لعقار الجار الذي يقع على خط واحد مع العقار الذي توجد فيه الخارجة.

وقد قيد القانون من فتح المطلات المنحرفة أيضاً وأن كانت المسافة أقل. فلا يجوز أن يكون للجار مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل. (م ٨٢٠ مدني مصري، م ٦٨ ملكية عقارية لبناني).

على أنه إذا كان المطل المنحرف مواجهاً في الوقت ذاته للطريق العام

(١) نقض ١٥/ ١/ ١٩٨١، الطعن رقم ٦٩٩ لسنة ٤٧ ق مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٢٠٧.

فلا يسري هذا القيد[1]. وكذلك لا يسري هذا القيد على سطوح الأبنية (م ٦٨ ملكية عقارية).

«ويراعى أن قيد المسافة يتقرر بالنسبة لكل مالك على حده. فإذا كان لا يجوز للمالك أن يفتح مطلاً مواجهاً على مسافة تقل عن متر في القانون المصري وعن مترين في القانون اللبناني من ملك الجار، فإن حق الجار يتقيد بهذا القيد كذلك، إذ ليس له أن يفتح مطلاً إلا على المسافة نفسها من حد جاره، وبهذا يتصور إذا كان لكل من الجارين مطلات مواجهة، أن تكون المسافة بين حدي المباني مترين في القانون المصري وأربعة في القانون اللبناني وذلك متى كانت المطلات من العقارين نوافذ، وقد تتسع المسافة بين حائطي الجارين أكثر من هذا إذا كانت المطلات بلكونات مثلاً حيث تقاس المسافة السابقة من حافة البلكون الخارجية»[2].

ـ المطلات المفتوحة دون مراعاة المسافة القانونية:

إذا قام مالك بفتح مطلات في ملكه دون مراعاة للمسافة القانونية المقررة فإن للجار أن يطلب سده ولو لم يصبه ضرر.

ولكن ترك الجار المطل مفتوحاً على ملكه دون مراعاة المسافة القانونية المقررة ودون اعتراض على فتحه لمدة خمس عشرة سنة يكسب صاحبه حق ارتفاق بالمطل، وذلك شريطة أن يتضمن فتح هذا المطل معنى التعدي على ملك الجار بتحميله عبئاً استثنائياً بالمطل عليه دون تقيد بالمسافة القانونية. وهو ما يفترض أن ليس في فتحها أو تركها أية مظنة للعفو أو التسامح من جانب الجار[3].

---

(١) نقض ١٣/١/١٩٨٨، الطعن رقم ١٥٦٢ لسن ٥١ ق.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٨٢ ص ١٦٨.

(٣) نقض ٣١/١٢/١٩٨١ الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٥١ ق مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٢٥٠١.

واكتساب حق ارتفاق بالمطل لا يقتصر أثره على مجرد تمكين المالك فاتح المطل من التحلل من قيود المسافة القانونية فحسب، وإنما يشمل أيضاً إلزام الجار بأن يراعي المسافة القانونية بين المطل والبناء الذي يقيمه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه هذا المطل (م ٨١٩/ ٢ مدني مصري). فإذا كان هذا المطل المواجه المكتسب بالارتفاق مفتوحاً على حدود الملك دون ترك أي مسافة، وأراد الجار البناء بعد ذلك، فيجب عليه أن يرتد ببنائه متراً في القانون المصري أو مترين من القانون اللبناني من الحدود الفاصلة بين العقارين إذا كانت واجهة البناء المقابة للمطل المكتسب بالتقادم صماء لا مطلات فيها، وأن يرتد مترين في القانون المصري وأربعة أمتار في القانون اللبناني إذا أراد فتح مطلات مواجهة في هذه الواجهة[1].

وإذا هدم البناء الذي فتح فيه هذا المطل فإن الارتفاق لا يزول، فيجوز لصاحبه أن يعيد فتح المطل عند إعادة البناء[2] وذلك ما لم تكن قد مضت مدة التقادم على هدم البناء دون أن يعاد فتح المطل، إذ يسقط حق الارتفاق حينئذ بعدم الاستعمال (م ١٠٢٧ مدني مصري)[3].

---

(١) نقض ٤/ ١٢/ ١٩٨٠ الطعن رقم ٤٩٠ لسنة ٤٩ ق. مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٢٠٠٠.

(٢) نقض ٨/ ٤/ ١٩٧٢ الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٢٧ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٦٧٦ حيث قضت المحكمة بأن «من المقرر أنه إذا انهدم العقار القديم وأعيد بناؤه فإن حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد (م ١٠٢٨ مدني) وأن تتقيد بمضمون الارتفاق الأصلي. وإذا كان الثابت أن الارتفاق الأصلي بالمطل لا يجاوز الدور الأرضي من العقار القديم، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التي تعلو الدور الأرضي من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون».

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٩١.

ب ـ إباحة فتح المناور:

تنص المادة ٨٢١ مدني مصري على أنه «لا يشترط أية مسافة لفتح المناور، وهي التي تعلـو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور».

وتنص المادة ٦٦ ملكية عقارية لبناني، بعد أن بينت المسافة الواجب مراعاتها عند فتح مطل مواجه، على أنه «. . . إذا لم تكن هذه المساقة حاصلة، فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبابيك إلا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد إضاءتها إذا كان الطابق أرضياً، وعلى علو متر وتسعين سنتيمتراً من أرض الغرفة إذا كان الطابق علوياً».

ويتضح من هذا أن المناور هي الفتحات التي لا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، بحيث تكون على ارتفاع لا يستطاع معه الإطلال منها على ملك الجار.

وقد حدد القانون المصري هذا الارتفاع تحديداً عاماً، بأن تعلو قاعدة المنور عن قامة الإنسان المعتادة[1]. أما القانون اللبناني فقد حدد هذا الارتفاع تحديداً حسابياً.

ولم يفرض المشرع في شأن المناور أية مسافة. لذلك يباح للمالك أن يفتحها في حائط على حدود ملكه، باعتبار ذلك ممارسة لحقه في الملكية، وبالتالي لا يحق للجار أن يطلب سد هذه المناور، وإنما يكون له أن يبنى

---

(١) نقض ٢٣/ ٤/ ١٩٨١ الطعن رقم ١٩٩٣ سنة ٥ ق س ٣٢ ص ١٢٢٨. حيث قضت المحكمة بأن نص المادة ٨٢١ مدني لم يشترط أية مسافة لفتح المناور وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة دون تخصيص هذا المعيار بارتفاع معين يدل على أن المشرع قد ترك المحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب وفقاً لهذا المعيار، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر القامة المعتادة ص ١٨٠ سم فإنه لا يكن قد أخطأ في تطبيق القانون»، ٣١/ ١/ ١٩٧٤، س ٢٥ ص ٢٧٢.

على حدود ملكه ولو أدى ذلك إلى سدها. والمناور لا تكتسب بالتقادم لأن فتحها يعتبر استعمالاً لرخصه، فهو لا يتضمن أي تعد على ملك الجار، ولا يصح أن تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص باعتباره مجرد رخصة من المباحات.

وحق المالك في أن يفتح مناور دون التقيد بمسافة مفروض فيه ألا يستعمل المالك هذه المناور في غير ما أعدت له، فإذا أساء استعمالها، كان للجار أن يطلب سدها[1].

---

(١) نقض ٢٧/ ١/ ١٩٨٨، الطعن رقم ١٦٩٣ لسنة ٥٤ ق.

الفصل الثاني
الملكية الشائعة

تمهيد وتحديد

الشيوع L'indivision، حاله قانونية تنتج عن تعدد أصحاب الحق العيني الأصلي[1]. فالشيوع متصور بالنسبة لكل الحقوق العينية الأصلية. وإذا كان المشرع قد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة فذلك يرجع إلى أنها الصورة الغالبة للشيوع. ومثال الشيوع في حق الانتفاع أن يوصى شخص بحق الانتفاع لعدة أشخاص، فيكون بذلك مالاً شائعاً بين الموصى لهم جميعاً. أما الحق الشخصي فإن تعدد أصحابه إما يؤدي إلى انقسامه، وهذا هو الأصل، وإما يكون الالتزام غير قابل للانقسام أو موصوفاً بتضامن إيجابي.

والملكية الشائعة هي التي تكون لأكثر من شخص على مال معين بالذات. فمحل حق الشريك هو حصة في المال الشائع كله غير منقسم. لذلك فـإن حـق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم إلى حصص دون أن ينقسم المال ذاته. فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات. والشيء المملوك في الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية)[2].

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٣٧، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ١٥٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٧٨ ـ ٧٩. السنهوري، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٨٥ ص ٧٩٩.

وقد نصت المادة ٨٢٥ مدني مصري على أنه «إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع». وتنص المادة ٨٢٤ موجبات وعقود لبناني على أنه «عندما يكون شيء أو حق ما ملكاً شائعاً ومشتركاً بين عدة أشخاص. . .» وتنص المادة ٨٣٧ موجبات وعقود لبناني على أن «لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك».

والشيوع في الملكية واسع الانتشار في البلاد العربية، بسبب قواعد الميراث التي يترتب عليها أن يصبح مال المتوفى مملوكاً لورثته على الشيوع فيما بينهم. وغالباً ما يبقى هذا الوضع لمدة طويلة مما يترتب عليه تزايد عدد الملاك المشتاعين بحلول ورثة متعددين محل من يموت منهم، فيتزايد عدد الحصص الشائعة ويقل مقدار كل منها[1] لكن ليس معنى ذلك أن الميراث هو المصدر الوحيد للشيوع وإنما مصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية التي سوف نعرض لها في القسم الثاني.

والملكية الشائعة ليست إلا وضعاً استثنائياً مصيره إلى ملكية مفرزة، وهي الصورة العادية للملكية. وتعتبر حالة الشيوع، من الناحية الاقتصادية، وضعاً غير مرغوب فيه، حيث أن تعدد ملاك الشيء الواحد من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشيء أكثر تعقيداً، مما لو انفرد بملكيته شخص واحد، وذلك بسبب اختلاف وجهات نظر الملاك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد تعطيل الاستغلال ولو مؤقتاً[2]. ولهذا أعطى المشرع كل شريك الحق في طلب القسمة لإنهاء حالة الشيوع، بل إنه منع اتفاق الشركاء على عدم جواز طلب القسم إذا تجاوزت المدة المتفق عليها خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني مصري).

ومن أجل ذلك عنى المشرع المصري بتنظيم الملكية الشائعة تنظيماً

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٣٧.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١٢٢، حسن كيرة، فقرة ٧١ ص ١٥٦.

اعتد فيه بإرادة الأغلبية. ونظم صورتين خاصتين للملكية الشائعة، وهما الشيوع الإجباري وملكية الأسرة. كما نظم ملكيات الطبقات، وهي تجمع بين الملكية المفرزة والشيوع الإجباري (م ٨٢٥ ـ ٨٦٩ مدني).

وفي القانون اللبناني نظم المشرع الملكية الشائعة في قانون الملكية العقارية الصادر في سنة ١٩٣٠ في المواد ٢٠ ـ ٢٧.

ثم صدر بعد ذلك تقنين الموجبات والعقود في سنة ١٩٣٢ وقد نظم في الكتاب التاسع من القسم الثاني منه شركة الملك أو شبه الملك وذلك في المواد ٨٢٤ ـ ٨٤٣، كما نظم القسمة في المواد ٩٤١ ـ ٩٤٩. وقد عدلت بعض النصوص الخاصة بانتهاء شركة الملك وبالقسمة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤.

ونتيجة لتعاقب هذه النصوص ومعالجتها نفس الموضوع قد أثير البحث حول ما إذا كانت نصوص قانون الموجبات والعقود الخاصة بالشيوع قد ألغت نصوص الملكية العقارية السابقة عليها في هذا الشأن.

اختلف الفقه حول هذا الموضوع، فذهب رأي إلى عدم إلغاء نصوص قانون الملكية العقارية بصدور قانون الموجبات والعقود على أساس أن قانون الملكية العقارية قد صدر عن المفوض السامي وأن قانون الموجبات صدر عن السلطة التشريعية، ولم يكن من حق مجلس النواب أن يلغي قانوناً أصدره المفوض السامي[١]. وقد اعترض على هذا الرأي بأن السلطة التشريعية في عهد الانتداب كان معهوداً بها إلى كل من المفوض السامي ومجلس النواب، فكان كل منهما يملك إلغاء التشريع[٢].

وذهب رأي آخر إلى أن نصوص قانون الملكية العقارية خاصة بالشيوع في العقار، ولذلك فإنها تبقى سارية باعتبارها استثناء يرد على النصوص

---

(١) بشارة طباع، الملكية الخاصة والسجل العقاري (بالفرنسية) ١٩٥٢، جـ ١ ص ٢١١.
(٢) جان باز القانون العقاري اللبناني، ١٩٦٨ ص ٦٧.

العامة اللاحقة الواردة في قانون الموجبات والعقود[1]. وقد لاحظ البعض، بحق، أن نصوص تقنين الموجبات والعقود قد نظمت الشيوع في العقار والمنقول على السواء[2].

ويذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن نصوص قانون الملكية العقارية في الشيوع قد ألغيت ضمناً بنصوص قانون الموجبات والعقود[3] وقد نص قانون الموجبات والعقود على ذلك صراحة في المادة ١١٠٦ بقولها «ألغيت وتبقى ملغاة جميع أحكام «المجلة» وغيرها من النصوص الاشتراعية التي تخالف قانون الموجبات والعقود أو لا تتفق مع أحكامه[4]. وقد سارت محكم التمييز على هذا الرأي في أغلب أحكامها[5].

وقد نظم المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود الملكية الشائعة تنظيماً اعتد فيه إلى حد ما بـرأي الأغلبية. ونظم الشيوع الإجباري في هذا القانون وقانون الملكية العقارية. ونظم ملكية الطبقات بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٩٨٣/٨٨ والخاص بتنظيم الملكية المشتركة في العقارات المبنية، والذي ألغى القانون المتعلق بملكية الطبقات والشقق الصادر في ١٩٦٢/١٢/٢٤.

---

(١) هذا الرأي مشار إليه في حكم محكمة التمييز المدنية قرار رقم ١٠٠ في ٢٩ كانون الأول ١٩٦٧ مجموعة حاتم جـ ٨٣ ص ٥٣.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٠٦ ص ١٥٧، حسن كيرة، دروس لطلبة جامعة بيروت، ص ١٧٤ مصطفى الجمال، ص ٢١١، توفيق فرج، فقرة ٩٥ ص ١٨٨.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، حسن كيرة المرجع السابق، توفيق فرج، المرجع السابق، مصطفى الجمال، المرجع السابق، عكس ذلك بشارة طباع المرجع السابق.

(٤) زهـدي يكـن، الملكيـة والحقـوق العينيـة الأصليـة علمـاً وعمـلاً، جـ ٢ فقـرة ٩٧ ص ١٣٦ ـ ١٣٧.

(٥) محكمة التمييز المدنية قرار رقم ١٠٠ من ٢٩ كانون الأول ١٩٦٧، مجموعة حاتم جـ ٨٣ ص ٥٣، قرار رقم ٣٤ من ١٦ شباط ١٩٦٨، نفس المجموعة جـ ٨٠ ص ٤٨، وفي ١٤ آذار ١٩٦٩، قرار رقم ٥٢، نفس المجموعة، جـ ٩٣ ص ٣٢، ٣٣.

خطة الدراسة:

وسنعرض هنا في الفرع الأول للقواعد العامة في الشيوع ثم في الفرع الثاني للصور الخاصة للملكية الشائعة.

الفرع الأول

القواعد العامة في الشيوع

تمهيد

وتنصب الدراسة في هذا الفرع على أحكام الشيوع، ابتداء من تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع مروراً بسلطات الملاك المشتاعين، سواء من حيث الانتفاع بالشيء أو التصرف فيه، وانتهاء بانقضاء الشيوع.

ولذلك سنعرض في مبحث أول، لأحكام الشيوع، ثم بعد ذلك نعرض لانقضاء الشيوع.

المبحث الأول: أحكام الشيوع

وتنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى محورين أساسيين، المحور الأول يتمركز حول تحديد طبيعة حق الشريك المشتاع، ثم يدور المحور الثاني حول سلطات الملاك المشتاعين، سواء من حيث الانتفاع بالشيء الشائع أو التصرف فيه.

المطلب الأول: طبيعة حق الشريك المشتاع

سنجد أن حق الشريك المشتاع حق ملكية، ولكنه مقيد بحقوق الشركاء الآخرين. وهذا ما نصت عليه المادة ٨٢٦/ ١ مدني مصري بقولها «كل شريك

في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

أولاً: حق الشريك المشتاع حق ملكية:

- وتنص المادة ٨٣٧ موجبات وعقود لبناني على أن «لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك ومنتجاته» «ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها وأن ينيب غيره في التمتع بها وأن يتصرف فيها على أي وجه آخر سواء أكان ببدل أم بلا بدل، إلا إذا كان لا يملك سوى حق مختص بشخصه».

الرأي السائد في الفقه التقليدي والفقه الحديث على السواء أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية[1]، كل ما في الأمر أن ملكية الشيء الشائع تتعدد فيها الملاك أما الشيء ذاته وهو محل هذه الملكية فلا يتجزأ. ومقتضى ذلك أن حق كل شريك يرد على الشيء الشائع كله، وإن كان محدداً بقدر حصته.

وقد استهدف هذا التكييف لنقد بعض الفقهاء على أساس أن حق الشريك المشتاع يختلف عن حق المالك ملكية مفرزة. ولا شك في حقيقة هذا الاختلاف، فسلطات كل مشتاع تحد منها سلطات المشتاعين الآخرين.

(١) محمد كامل مرسي، جـ ٢ فقرة ٥٩، شفيق شحاته، فقرة ١٣٢، ١٣٥، محمد علي عرفة، جـ ١، فقرة ٢٨٦، ص ٣٧٨، ٣٧٩، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٠٧، ١١٠، إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ ص ١٩٨، حسن كيرة، فقرة ٧٣ ص ١٥٨، ١٥٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١١١ ص ١٦١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٥٤ ص ١٢٩ وهو يفضل القول بأن حق الشريك في الشيوع حق ملكية من نوع خاص الملكية الشائعة. السنهوري، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٤٨٠ ص ٧٩٨ هامش ١. وقد استبعدنا النظريات التي ترى في الشيوع ملكية ثابتة لمجموع المشتاعين باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها، وكذلك التكييف الذي يرى أن حق كل شريك مشتاع يعتبر حقاً شخصياً قبل مجموع المشتاعين حيث أن كل هذه النظريات تتعارض مع أحكام القانون المصري.

وكذلك فإن حق الشريك المشتاع لا يتضمن خاصية أساسية من خصائص حق الملكية، وهي خاصية الاستئثار حيث أن هذا الشريك لا يستأثر بمزايا ومنافع الشيء ما دام للمشتاعين الآخرين حقوق ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله. ولذلك يفضل هؤلاء الفقهاء تكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق عيني من نوع خاص[1] Sui generis.

هذا الرأي يثير عدة تساؤلات، إذا كان حق الشريك المشتاع حق عيني من نوع خاص، فمن هو مالك الشيء الشائع؟ ولا يجوز القول بأن ملكية الشيء الشائع تثبت لمجموع المشتاعين؛ إذ ليس لهذا المجموع شخصية اعتبارية. كما أنه يبقى هناك تساؤل قائم ما هو مضمون هذا الحق العيني؟ فإذا قيل أن للشريك المشتاع بمقتضى هذا الحق سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف فإنه يكون حينئذ حق ملكية، وهو ما يتنافى مع وصفه بأنه حق عيني من نوع خاص. وإذا قيل أنه يعد اقتطاعاً من سلطات الملكية فإننا نعود مرة أخرى لنتساءل من هو إذن مالك الشيء الشائع[2] ولما كان من غير المعقول أن يقال إن الشيء الشائع يكون بغير مالك، لذلك ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بأن الشيوع بذاته يتضمن صورة من صور التملك Appropriation كالملكية المفرزة، فلا يعتبر الشيء الشائع بغير مالك ولو أنه ليس مملوكاً لكل من الشركاء ولا لمجموع الشركاء[3] وهذه النتيجة تكشف عن عجز هذا الرأي عن الخروج من هذا المأزق. كما أنها لا تستقيم مع أحكام القانون المصري.

ولا يطعن في اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية الاستناد إلى فكرة الاستئثار التي تعتبر خاصية أساسية لحق الملكية. فإذا كانت الملكية حق

---

(١) ايوناسكو sonasco الملكية الشائعة، رسالة باريس ١٩٣٠، فقرة ١١٦ ـ ١١٩ كابيتان، دروس للدكتوراه، باريس ١٩٢٧ ـ ١٩٢٨ ص ١٦ مشار إليه في الرسالة فقرة ١٢٨.

(٢) حسن كيره، فقرة ٧٣ ص ١٥٨، ١٥٩.

(٣) ايوناسكو المرجع السابق.

جامع لكل السلطات ومانع لغير المالك من الاستئثار بها، فإن منع الاستئثار هنا موجه إلى الغير. وما دام المشتاعون جميعاً ملاكاً فإن الاستئثار الذي تتميز به ملكية كل منهم لا يكون موجه لهم، وبالتالي لا يقتضي منع المشتاعين الآخرين، فكلهم ملاك، فلا يصدق على أي منهم وصف الغير، غير المالك[1].

ثانياً: حق الشريك المشتاع مقيد بحقوق الآخرين:

إذا كان حق كل شريك مشتاع هو حق ملكية على الشيء الشائع كله، فإن مقتضى ذلك أن لكل شريك مشتاع كافة سلطات المالك، فله الاستعمال والاستغلال والتصرف. معنى ذلك أن الشركاء المشتاعين يتمتعون في نفس الوقت وعلى نفس المحل بهذه السلطات. لكن لا يمكن أن يمارس كل شريك هذه السلطات منفرداً لما في ذلك من مساس بحقوق المشتاعين الآخرين ولذلك كان من المنطقي أن يتقيد استعمال كل منهم في سلطاته بما للآخرين من سلطات مماثلة[2].

وتختلف الملكية الشائعة التي تثبت لكل من المشتاعين عن الملكية المفرزة. فإذا كان لكل منهما حق ملكية يعطي نفس السلطات، إلا أن النطاق المادي لحق كل مشتاع - وهو يرد على الشيء كله - غير مطابق لنطاقه المعنوي أو الحسابي، أي الحصة الشائعة، حيث يتعاصر معها في الوجود على الشيء ذاته. وفي نفس الوقت حصص المشتاعين الآخرين، أي حقوقهم[3] مقتضى كل ذلك أن كل شريك في ممارسته لحقه مقيد بحقوق الشركاء الآخرين. وهذا ما أكدته المادة ٨٢٦/ ١ مدني مصري بنصها على أن «كل شريك من الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص ١٩٨.
(٢) حسن كيرة، فقرة ٧٤ ص ١٦٠.
(٣) اسماعيل غانم، فقرة ٨٦ ص ١٩٩.

يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء» (م ٢/٨٣٧ موجبات وعقود لبناني).

وعلى ذلك فإن ممارسة سلطات الملكية على الشيء الشائع يقتضي، كأصل عام، إجماع الشركاء المشتاعين حيث أن حقوقهم متساوية في جوهرها على هذا الشيء. ولما كان تطلب الإجماع قد يؤدي إلى مضار اقتصادية، حيث يتعذر عادة الوصول إلى اتفاق جماعي، لذلك اتجهت القوانين الحديثة إلى الاكتفاء بتوافر أغلبية معينة في بعض الأحوال. وفي غير ذلك، يبقى الأصل وهو أن انفراد أحد الشركاء المشتاعين بممارسة سلطات الملكية على الشيء الشائع يتقيد باحترام حقوق باقي المشتاعين على نفس الشيء، فلا ينبغي أن يكون من شأنه الإضرار بهم[1].

المطلب الثاني: سلطات الملاك المشتاعين

تمهيد

رأينا أن حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على الشيء الشائع كله. وهذا الحق يخول له مباشرة كافة سلطات المالك من استعمال واستغلال تصرف. لكن مباشرة هذا الحق يتقيد بحقوق الشركاء الآخرين والآن نود أن نقف على مدى حق الشريك المشتاع في الانتفاع بالشيء الشائع، ومدى حقه في التصرف في هذا الشيء ومن خلال ذلك نتعرف على حقوق باقي الشركاء.

أولاً: الانتفاع بالشيء الشائع:

ـ اتفاق الشركاء على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع وإدارته:

من البديهي أن يكون للشركاء باتفاقهم جميعاً حق تنظيم الانتفاع بالشيء وإدارته. وهذا ما نصت عليه المادة ٨٢٧ مدني مصري بقولها «تكون

---

(١) حسن كيرة، فقرة ٧٤ ص ١٦٠.

إدارة المال الشائع من حق الشركاء جميعاً ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك».

وعلى ذلك إذا اتفق جميع الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشيء وإدارته فإن كل عمل يتم بمقتضى هذا التنظيم يكون صحيحاً ونافذاً في حق الجميع، سواء قبل القسمة أو بعدها وأياً كانت النتيجة التي تترتب على القسمة، فإذا وقع الشيء الذي تم تأجيره بموافقة الجميع في نصيب واحد منهم فقط فيبقي الإيجار نافذاً في مواجهته. وقد يكون من مقتضى هذا التنظيم تعيين مدير يقوم بهذه الأعمال. ففي هذه الحالة أيضاً يكون كل عمل يقوم به المدير في حدود السلطة المخولة له صحيحاً نافذاً في حق الجميع.

وقد يتم الاتفاق بين جميع الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع. فيسري هذا الاتفاق عليهم وعلى خلفائهم سواء أكان الخلف عاماً أو خاصاً. وأهم صور هذا الاتفاق هي قسمة المهايأة[1].

ـ قسمة المهايأة:

قسم المهايأة قسمة مؤقتة، فهي لا تنهي الشيوع ولا ترد على الملكية. وإنما تهدف فقط إلى تقسيم منافع العين الشائعة بين الشركاء أثناء قيام الشيوع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته.

وهذه القسمة قد تكون قسمة مهايأة مكانية، وقد تكون قسمة مهايأة مكانية، وقد تكون قسمة مهايأة زمانية.

وتتحقق قسمة المهايأة المكانية عندما يتفق جميع الشركاء على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، لينتفع به خلال مدة معينة. ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين. وإذا لم تشترط لها مدة، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدة قسمة المهايأة المكانية سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه

---

(١) يجب مراعاة أنه في حالة خاصة تكون قسمة المهابأة بحكم القاضي طبقاً لنص المادة ٨٤٩ مدني مصري.

قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد (م ٨٤٦/ ١ مدني مصري).

وتتحقق قسمة المهايأة الزمانية عندما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال الشائع، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته (م ٨٤٧ مدني مصري).

ولما كان الغرض من قسمة المهايأة هو تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع أثناء قيام الشيوع، لا إنهاء هذا الشيوع، لذلك فهي لا تخضع لأحكام القسمة النهائية وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار، «من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة» (م ٨٤٨ مدني مصري).

وعلى ذلك فإن كل شريك في انتفاعه بالجزء الذي اختص به في القسمة المكانية أو بكل الشيء في القسمة الزمانية يعتبر في مركز المؤجر.

ويحتج بهذه القسمة، ما دامت ثابتة التاريخ، على من يتلقى من أحد الشركاء حصته الشائعة في تاريخ لاحق ولو لم يكن عالماً بالقسمة. كما يجوز لمن انتقلت إليه الحصة الشائعة أن يتمسك بقسمة المهايأة ولو كانت غير نافذة في حقه لعدم ثبوت تاريخها (م ٦٠٤/ ٢ مدني).

أما فيما يتعلق بأهلية المتقاسمين فهي أهلية التأجير والاستئجار. فإذا كان بين المتقاسمين قاصر مأذون له بالإدارة، فإن قسمة المهايأة في الأراضي الزراعية والمباني لا تجوز لمدة تزيد على سنة إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي (م ٥٦ من قانون الولاية على المال). كما تنطبق النصوص الخاصة بسلطات الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب في قانون الولاية على المال على قسمة المهايأة التي تتم نيابة عن الشريك الغائب أو الخاضع للولاية أو الوصاية أو القوامه (م ١٠، م ٣٩ من قانون الولاية على المال) وتنطبق المادة ٥٥٩، وهي خاصة بمن يتولى إدارة مال غيره، فلا يجوز «لمن

يملك حق الإدارة» أن يعقد قسمه مهايأة تزيد مدتها على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة أو من الأصيل.

وفيما يتعلق بحقوق والتزامات المتقاسمين يسري أحكام عقد الإيجار، إلا ما يتعارض منها مع طبيعة القسمة، فيلتزم الشركاء جميعاً بالترميمات الضرورية، يسهم الشريك الذي اختص بمنفعة جزء معين في النفقات التي تقتضيها هذه الترميمات في ذلك الجزء. أما الترميمات التأجيرية فهي عليه وحده. ويلتزم سائر الشركاء بتسليم الجزء الذي اختص به أحدهم، كما يلتزمون نحوه بالضمان. ويلتزم الشريك الذي اختص بعين معينة باستعمالها فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها وردها عند انتهاء مدة القسمة. ولا محل لتطبيق أحكام الالتزام بالوفاء بالأجرة لأنه يتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

أما فيما يتعلق بإثبات قسمة المهايأة، فهي تخضع كالإيجار للقواعد العامة، ولو كانت واردة على أرض زراعية حيث تم إلغاء نص المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعي منذ عام ١٩٩٢.

وبعد العرض السابق ما يهمنا الآن هو معرفة مدى حق الشريك المشتاع في الانتفاع بالشيء الشائع، ومدى حقه في إدارته وبالتالي معرفة حقوق باقي الشركاء وهذا موضوع الفقرة التالية.

١ ـ مدى حق الشريك المشتاع في الانتفاع بالشيء الشائع:

لكل شريك أن يستولي على ثمار الشيء بقدر حصته، وله أن يستغله بقدر هذه الحصة. ولكن سلطة الشريك في الاستعمال والاستغلال مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين التي ترد في نفس الوقت على نفس المحل، وهو العين الشائعة جميعها[1] وهذا ما نصت عليه المادة ٨٢٦/ ١ مدني مصري بقولها «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء».

---

(١) نقض ٧/ ٢/ ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض س ٣٠ ع ١ ص ٤٩٦ رقم ٢٢٩.

وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ٨٣٧ موجبات وعقود لبناني بقولها «لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته» «ويجوز له أن يبيع تلك الحصة وأن يتفرع عنها أو يرهنها وأن ينيب غيره في التمتع بها وأن يتصرف فيها على أي وجه آخر سواء أكان ببدل أم بلا بدل، إلا إذا كان لا يملك سوى حق مختص بشخصه» كما أن المادة ٨٢٦ موجبات وعقود لبناني أوضحت أن «كل شريك يمكنه أن يستعمل الشيء المشترك على نسبة ماله من الحق بشرط أن لا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشيء أو الغاية المعد لها، أو يناقض مصلحة الشركة، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم».

مقتضى ذلك أن الشريك المشتاع يستطيع أن ينفرد بالقيام بالأعمال التي تتفق مع ما أعدله الشيء الشائع ويستطيع الشركاء جميعاً في الوقت ذاته أن يقوموا بها، بحيث لا يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين عنها. مثل ذلك المرور في الأرض، إذا كان الشيء طريقاً، أو استخراج الماء من البئر أو المسقاه والصيد في الغابة أو الترعة، ويستطيع الشريك أن يتنازل على حقه هذا للغير، إن لم يكن ذلك يتعارض مع ما أعدله الشيء الشائع.

أما أعمال الاستعمال أو الاستغلال التي لا تقبل المشاركة لأنها تقتضي الاستئثار بالعين الشائعة أو بجزء معين منها، فلا يجوز لأي من الشركاء أن ينفرد بالقيام بها، حتى ولو كان الجزء الذي يريد الاستئثار به معادلاً لحصته الشائعة أو أقل منها. وذلك لتعلق حقوق باقي الشركاء بالعين جميعها. مثل ذلك قيام الشريك بالبناء على الأرض الشائعة أو زراعتها أو تأجيرها، ففي هذه الحالة يحق للشركاء الآخرين الاعتراض على ذلك.

وعلى ذلك إذا وضع أحد الشركاء يده على العين الشائعة أو جزء معين منها من أجل القيام بزراعتها بمفرده، كان لسائر الشركاء الاعتراض على ذلك[1] وإذا زرع فعلاً أو أقام غراساً أو بناء أو منشآت أخرى بمفرده كان

---

(١) نقض مدني ٤/٥/١٩٤٤، مجموعة عمر، جـ ٤ ص ٣٦١ رقم ١٣٢، وقد جاء في =

لسائر الشركاء طلب إزالة الزرع أو الغرس أو هدم البناء أو المنشآت[1]، ولو كان ما أقامه الشريك متفقاً وما أعدت له الأرض الشائعة، ولو كان ما أقامه في حدود حصته الشائعة أو في أقل منها. ويرجع ذلك إلى أن حقوق الشركاء جميعاً على الشيء الشائع متعادلة. فهذه الحقوق، وإن تعددت بتعدد أصحابها، إلا أنها ترد جميعاً على الشيء الشائع، ولهذا لا يجوز لأي شريك أن يقوم بعمل يترتب عليه المساس بحقوق باقي الشركاء.

لكن إذا اختار باقي الشركاء الإبقاء على ما أقامه الشريك من أبنية أو منشآت وجب عليهم أن يشتركوا في نفقات إقامتها كل بقدر حصته. ولا يحق لهم التمسك بتطبيق المادة ٩٢٤ مدني مصري، وهي تخير مالك الأرض ـ إذا طلب استبقاء المنشآت التي أقامها شخص آخر وهو يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ـ بين دفع قيمتها مستحقة الإزالة، وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك المنشآت، حيث أن هذا النص يتعلق بمن يقيم المنشآت في أرض الغير، والحال أن حق الشريك المشتاع يرد على العين الشائعة كلها.

= هذا الحكم أنه إذا «وقع من بعض الشركاء في العقار المشاع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشركاء فإنه يجوز لهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض». محكمة سوهاج الكلية في ١٠/٣/١٩٤٠، المحاماة سنة ٢٠ ص ٩٧٠ رقم ٤٠٢ وقد جاء في هذا الحكم أنه «لا يستطيع الشريك أن يخصص لنفسه جزءاً من العين دون رضاء باقي الشركاء وللشريك الآخر الحق في مقاضاته... كما يجوز رفع دعاوى الحيازة على من يحاول من الشركاء الاستئثار بوضع اليد على العين الشائعة أو على جزء منها» وقد قضت محكمة التمييز بأنه «لا شك بأن طلب توقيف أحد الشركاء عن البناء في الملك المشترك يتوفر فيه عنصر العجلة... ويوجب مداخلة القضاء السريعة لمنع الشريك المخالف من التمادي في مخالفاته وهذه المداخلة السريعة يمكن أن تحصل عن طريق القضاء المستعجل (محكمة التمييز المدنية قرار رقم ٨٨ في ٢١ أيلول ١٩٥٥ مجموعة حاتم جـ ٦٦ ص ٦٢.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٤٨، السنهوري، الوسيط جـ ٨، فقرة ٥٠٢ ص ٨٣٥.

٢ ـ مدى حق الشريك المشتاع في إدارة الشيء الشائع :

ـ الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة :

نظم المشرع إدارة المال الشائع تنظيماً دقيقاً يكفل تيسير القيام بها ويحسم الخلافات التي تقع في شأنها. ولذلك قد ميز في هذا الصدد بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة. وهذا ما سنراه الآن.

(أ) أعمال الإدارة المعتادة: الأغلبية العادية

نصت المادة ٨٢٨ مدني مصري على أن «١ ـ ما يستقر عليه أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء. فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. ٢ ـ وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً. ٣ ـ وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم».

وقد نصت المادة ٨٣٥ موجبات وعقود لبناني أيضاً على «أن الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات التي تتخذها الغالبية فيما يختص بإدارة الشيء المشترك وكيفية الانتفاع به، بشرط أن يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التي يتكون منها موضوع الشركة».

«وإذا لم يكن للأغلبية ثلاثة أرباعها فللشركاء أن يلجأوا إلى القاضي فيقرر ما يراه أكثر انطباقاً على مصلحة الشركة العامة. ويمكن أن يعين لها مديراً عند الاقتضاء أو يأمر بقسمتها».

ويقصد بأعمال الإدارة المعتادة الأعمال التي لا تنطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع، كالإيجار.

وقد أعطى المشرع المصري للأغلبية العادية للشركاء، أي التي تزيد على النصف، سلطة القيام بهذه الأعمال. والمقصود بالأغلبية هنا أغلبية

الأنصباء لا أغلبية الشركاء أنفسهم. مقتضى هذا أن الشريك الذي يملك هذه الأغلبية له الاستئثار بإدارة المال الشائع الإدارة المعتادة. وهذا قد يؤدي إلى الأضرار بباقي الشركاء وخاصة وأنه ليس للمحكمة حق التعقيب على القرار الصادر في هذه الحالة. ولكن يبقى للشركاء الذين يملكون أقلية الحصص حق الطعن في القرار الصادر منه إذا كان يتضمن تعسفاً في استعمال الحق، علاوة على حقهم في طلب القسمة وفض الشيوع.

في القانون اللبناني خول المشرع لأغلبية ثلاثة أرباع الأنصباء سلطة القيام بهذه الأعمال. وهذه أغلبية مرتفعة لا تتناسب مع طبيعة أعمال الإدارة المعتادة مما قد يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالشيء.

وقد تستقر هذه الأغلبية على تعيين مدير من بين الشركاء أو من غيرهم، فيكون هو صاحب الشأن في القيام بأعمال الإدارة المعتادة. كما أن لها أن تضع نظاماً للإدارة والانتفاع بالشيء يتقيد به المدير. وفي هذه الحالة يسري هذا النظام على جميع الشركاء، كما يسري على خلفهم جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أو خاصاً. وما يستقر عليه رأي الأغلبية في هذا الشأن يكون ملزماً للجميع بما فيهم الأقلية التي خالفت هذا الرأي. وليس لهذه الأقلية أن تتظلم إلى المحكمة من هذه الحالة، وذلك فيما عدا أحوال التعسف في استعمال الحق.

وإذا لم تتوافر الأغلبية المطلوبة، وأدى هذا إلى تعطيل الإدارة، جاز لأي من الشركاء أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، وللمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم.

ويعطي القانون اللبناني أيضاً للمحكمة في هذه الحالة سلطة الأمر بقسمة المال الشائع ولو لم يطلب ذلك أحد من الشركاء. والقاضي لا يلجأ إلى ذلك إلا إذا رآه يتفق مع مصلحة الشركاء جميعاً.

لكن يبقى التساؤل قائماً، ما حكم انفراد أحد الشركاء بعمل من أعمال

الإدارة المعتادة؟ يحق، أولاً، لباقي الشركاء، أو من يمثل منهم الأغلبية المطلوبة الاعتراض عليه، كما أن ما يأتيه هذا الشريك من عمل يعتبر غير نافذ في حق الشركاء الآخرين. تطبيقاً لذلك إذا انفرد أحد الشركاء بتأجير العين الشائعة كلها أو بعضها فإن هذا الإيجار لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين. ويتصرفون كما لو كان هذا الإيجار غير موجود، فيكون لهم تأجيرها إلى مستأجر آخر يصبح هو صاحب الحق في الانتفاع بها إذا كان قد استأجرها من الأغلبية التي تملك التأجير. وإذا كان المستأجر الأول قد شغل العين جاز لهم أن يطلبوا طرده منها، ولا يحق لهذا المستأجر أن يدفع دعوى الإخلاء بوجوب انتظار نتيجة القسمة لاحتمال أن تقع العين المؤجرة في نصيب المؤجر[1]. أما حكم الإيجار بالنسبة لطرفيه فهو صحيح نافذ. فلا يجوز للمؤجر أن يتحلل منه بحجة اعتراض باقي الشركاء عليه، كما لا يجوز للمستأجر ذلك استناداً إلى عدم نفاذ الإيجار في حق باقي الشركاء. وإنما يجوز للمستأجر أن يطلب إبطال الإيجار على أساس الغلط بشرط أن يثبت عدم علمه بملكية العين على الشيوع واعتقاده بأنها ملك خاص للمؤجر، وكان المؤجر قد وقع في الغلط نفسه أو كان عالماً بأن المستأجر قد وقع فيه أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

كما لا يجوز له أن يطلب الفسخ طالما أن المؤجر يمكنه من الانتفاع بالعين ولم يتعرض له أحد[2].

ب ـ أعمال الإدارة غير المعتادة ـ أغلبية موصوفة:

تنص المادة ٨٢٩ مدني مصري على أنه «١ ـ للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١١٤ ص ١٦٧، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٥٠.

(٢) انظر إسماعيل غانم، فقرة ٦٩ ص ١٥٠ وخاصة فيما يتعلق بمصير هذا الإيجار بعد أن تتم القسمة.

الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.
٢ ـ وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير. ولها يوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بها قد يستحق من التعويضات».

ويقصد بأعمال الإدارة غير المعتادة تلك الأعمال التي تقتضي تغييراً أساسياً أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له المال الشائع. كإعادة بناء منزل، أو تحويل مطعم إلى مقهى، أو البناء في الأرض، أو تحويلها من أرض زراعية إلى أرض معدة للاستغلال الصناعي. ونظر لخطورة هذه الأعمال لم يكتف المشرع في شأنها. بالأغلبية العادية، بل اشترط أغلبية موصوفة، وهي التي تمثل ثلاثة أرباع المال الشائع، وخول للأقلية حق التظلم إلى المحكمة.

وعلى ذلك فإن للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا ما يرونه في شأن تلك الأعمال بشرط إعلان قرارهم إلى باقي الشركاء. ويسري هذا القرار في حق الأقلية. لكن لهذه الأقلية حق التظلم إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. وعند عرض الأمر على المحكمة فإن المحكمة تملك سلطات واسعة في هذا الصدد، فللمحكمة أن تلغي قرار الأغلبية إن قدرت أنه ليس له مبرر. ولها أن توافق عليه، وفي هذه الحالة تقرر ما تراه مناسباً من التدابير، كأن تشترط أن يتم تنفيذ القرار على نحو معين. وأخيراً للمحكمة أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من التعويضات من جراء تنفيذ القرار إذا اتضح في المستقبل صحة توقعة وبالتالي صواب معارضته بأن ثبت أضرار قرار الأغلبية بالمصلحة العامة للشركاء.

وإذا انفرد أحد الشركاء بالقيام بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة كان لباقي الشركاء حق الاعتراض عليه، كما أن هذا العمل لا ينفذ في حق باقي الشكاء ولهم أن يتجاهلوه.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٨٣٦ موجبات وعقود لبناني على أنه «لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الغالبية إذا كانت تختص: **أولاً**: بأعمال التصرف، وبالأعمال الإدارية التي تمس الملكية مباشرة. **ثانياً**: بتعديلات جديدة في عقد الشركة أو الشيء المشترك. **ثالثاً**: بعقد موجبات جديدة ـ «ففي الأحوال المتقدم ذكرها يجب أن يتغلب رأي المعارضين».

وكما هو واضح من هذا النص أن المشرع اللبناني يتطلب إجماع الشركاء للقيام بأعمال الإدارة غير المعتادة. وهذا قد يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، حيث أنه نادراً ما يتوفر هذا الإجماع.

لكن ما حكم انفراد الشريك المشتاع بالقيام بعمل من أعمال الإدارة غير لمعتادة دون موافقة الباقين؟

أجابت على ذلك المادة ٨٢٧ موجبات وعقود بنصها على أنه «لا يجوز لشريك أن يحدث تغييراً في الشيء المشترك بلا رضى شركائه الصريح أو الضمني» «فإن لم تراع أحكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الآتية:

أولاً: تجري القسمة عندما يكون الشيء قابلاً للتجزئة».

«وإذا كان الجزء الذي حدث فيه التغيير واقعاً في حصة الشريك الذي أحدثه فلا سبيل لأي فريق منهم إلى الاعتراض».

«أما إذا كان التغيير واقعاً في حصة شريك آخر فيمكن هذا الشريك أن يختار إما أداء بدل التغيير وإما إجبار شريكه على إرجاع الشيء إلى حالته الأصلية».

ثانياً، عندما يكون الشيء غير قابل للتجزئة يجوز للشركاء أن يجبروا محدث التغيير على إعادة الشيء إلى حالته الأصلية وعلى تحمل النفقة مع أداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء».

وعلى ذلك نجد أن المشرع يفرق بين حالتين: ـ

الحالة الأولى: حالة ما إذا كان الشيء الشائع قابلاً للتجزئة، وأحدث

الشريك تغييراً في المال الشائع دون رضى شركائه الصريح أو الضمني، كأن يبني أحد الشركاء في الأرض المملوكة على الشيوع، في هذه الحالة تجري القسمة وعلى ضوئها يتحدد مصير البناء تبعاً لما تسفر عنه القسمة. والأمر لا يخرج عن فرصتين:

الفرض الأول: أن يقع البناء عن نصيب الشريك الباقي، وفي هذا الغرض يستقر الأمر لهذا الشريك ولم يعد ثمة مجال للاعتراض من أحد.
الفرض الثاني: أن يقع البناء في نصيب شريك آخر، وفي هذا الغرض يحق لهذا الشريك أن يختار بين طلب الإزالة وإعادة الشيء إلى حالته الأصلية وبين الاحتفاظ بالبناء مقابل دفع نفقاته.

وهذا الحكم يلغي الحكم الوارد بالمادة ٢١٩ ملكية عقارية والذي يقضي بتطبيق أحكام الإلحاق (الالتصاق) في حالة البناء في أرض الغير بحسن نية. وهذه الأحكام لا تخول الحق في إجبار الباني على إزالة البناء ولكن توجب دفع تعويض له عن التحسن الذي حصل للأرض بسبب البناء (م ٢١٦ ملكية عقارية). وذلك على النحو السابق بيانه.

الحالة الثانية: حالة ما إذا كان الشيء الشائع غير قابل للتجزئة، في هذه الحالة يحق لباقي الشركاء أن يجبروا الشريك الباني على إزالة البناء وإعادة الشيء إلى حالته الأصلية على نفقته مع التعويض إن كان له مقتضى.

٣ ـ الأعمال اللازمة لحفظ الشيء الشائع

تنص المادة ٨٣٠ مدني مصري على أن «لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء».

وتنص المادة ١/٨٣٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وإبقائه صالحاً للاستعمال الذي أعد له».

وتنص المادة ٨٣١ موجبات وعقود لبناني على أنه «يجب على كل

شريك أن يسهر على صيانة الشيء المشترك كما يسهر على أشيائه الخاصة».

ويتضح من ذلك أن لأي شريك أن يستقل بالقيام بالأعمال اللازمة لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء. وأعمال الحفظ هذه تتسع لتشمل كل من الأعمال المادية والتصرفات أو الإجراءات القانونية. ومثال الأولى القيام بالترميمات الضرورية وجني الثمار قبل أن تتلف. ومثال الثانية، الوفاء بالضرائب المفروضة على العين، والوفاء بدين الدائن المرتهن للعين الشائعة توقياً للتنفيذ عليها، وقطع التقادم المكسب لملكية العين الشائعة ضد من يجوزها بنية اكتساب ملكيتها وغير ذلك.

والعلة في هذه القاعدة أن حق الشريك على الشيء الشائع يخول له القيام بكافة الأعمال إلا ما كان فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين، وليس في أعمال الحفظ مساس بحقوقهم، فيكون له القيام بها ولو عارضوا. وعلى ذلك فإن الشريك يقوم بأعمال الحفظ باعتباره صاحب حق يرد على الشائع كله لا ينحصر في جزء معين منه، ولذلك تعود منفعة هذه الأعمال على الشيء كله فيستفيد سائر الشركاء[1]. ويكون للشريك الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه في النفقات التي أنفقها لحفظ الشيء (م ٨٣١ مدني مصري، م ٨٣٢/ ١ موجبات وعقود لبناني).

في القانون اللبناني: حفظ الشيء الشائع من حق كل شريك (م ٨٣٢/ ١ موجبات وعقود)، بل أيضاً واجب عليه (م ٨٣١ موجبات وعقود لبناني). ويحق لكل الشريك أن يستقل بالأعمال اللازمة لصيانة المال الشائع وإبقائه صالحاً للاستعمال الذي أعد له. بل يقع على عاتق كل شريك التزام بأن يبذل من العناية في المحافظة على الشيء الشائع ما يبذله في المحافظة على أشيائه الخاصة.

٤ ـ الاشتراك في نفقات المال الشائع وتكاليفه:

تنص المادة ٨٣١ مدني مصري على أن «نفقات إدارة المال الشائع

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٤٧.

وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

ونصت المادة ٨٣٣ موجبات وعقود لبناني على أن «كل شريك ملزم تجاه الآخرين يتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الإدارة والاستثمار» «ويعين نصب كل شريك من تلك النفقات بحسب حصته في ذلك الشيء».

وكما هو واضح من هذه النصوص أن نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وكل التكاليف الناجمة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته في المال الشائع ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. وعلى ذلك إذا قام أحد الشركاء بهذه النفقات أو التكاليف فإنه له حق الرجوع على الآخرين كل بقدر حصته في الشيء الشائع. .

وقد كانت المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على أن «لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته من المال الشائع» وقد حذف هذا النص من مجلس الشيوخ. وقد جاء في تقرير لجنة القانون المدني تبريراً لهذا الحذف أن «فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق، ولكن إجراء حكمه من الناحية العملية يقتضي وضع تفاصيل يحسن تجنبها»[1].

ومقتضى ذلك أن كل شريك في الشيوع يستطيع أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته في المال الشائع. وذلك طبقاً للقواعد العامة التي تجيز لصاحب الحق العيني أن يتخلص من الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق بالتخلي عن هذا الحق، وهذا ما يعرف بالالتزامات العينية.

ويترتب على هذا التخلي أن حصة الشريك المتخلى تؤول إلى الشركاء الآخرين، بنسبة حصة كل منهم، فتزداد حصصهم به بقوة القانون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٩٢ ـ ٩٤.

دون حاجة إلى قبول منهم أو عمل من أعمال الاستيلاء[1]. على أنه إذا كان المال الشائع عقاراً وجب تسجيل هذا التخلي أو قيده لكي يترتب عليه أثره الناقل.

ويقتصر أثر هذا التخلي على التخلص من المساهمة في كافة الالتزامات الناتجة عن الشيوع، سواء في ذلك الالتزامات التي نشأت قبل التخلي أو بعده، دون أن ينصرف إلى مسؤولية المالك الشخصية الناشئة عن خطأ ارتكبه يرتب عليه إتلاف الشيء الشائع مثلاً، أو الناتجة عن تعسفه في استعمال حقه في الملكية الشائعة[2].

في القانون اللبناني نصت المادة ٨٣٢ موجبات وعقود في هذا الصدد على أنه «يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وإبقائه صالحاً للاستعمال الذي أعد له».

«على أن كلاً منهم يستطيع أن يكون في حل من هذا الموجب:

أولا: ببيع حصته - مع الاحتفاظ بحق الأولوية المختص بالشيوع للشريك الذي قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها.

ثانياً: بأن يترك للشريك المشار إليه (من قام بالنفقة أو عرض القيام بها) حق التمتع بالشيء المشترك مع منتجاته إلى أن يسترد ما دفعه لحساب الشركاء.

ثالثاً: يطلب القسمة إذا كانت مستطاعة.

أما إذا كانت النفقة قد دفعت فيلزم الشركاء بها على نسبة حصصهم».

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٥٩.

(٢) أوبري ورو، جـ ٢ فقرة ٢٢١، ص ٥٨٢، بلانيول وريبير وبيكار، فقرة ٣٩١ ص ٢٨٦، محمد علي عرفة، فقرة ٢٩٨ ص ٣٩٥، شفيق شحاته، فقرة ١٤٨ ص ١٧٠، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٢٢ ص ١٥١، إسماعيل غانم، فقرة ٧٣ ص ١٥٩، ١٦٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١١٩ ص ١٧٣، ١٧٤ وقارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٦١ ص ١٤٧.

هذه الأحكام لا تسري على النفقات النافعة أو الكمالية التي يقوم بها أحد الشركاء حيث أنها غير ضرورية لحفظ الشيء وصيانته. لكن له أن يرجع بهـا على الشركاء الآخرين في حالة ما إذا أذنوا له في إنفاقها صراحة أو ضمناً (م ٨٣٤ موجبات وعقود لبناني).

ثانياً: التصرف في المال الشائع

تمهيد وتحديد

التصرف في المال الشائع قد يصدر من جميع الشركاء، وقد يصدر في القانون المصري من أغلبية معينة من الشركاء إذا كانت هناك أسباب قوية تبرره مع حفظ حق الأقلية في هذه الحالة.

كما أن هذا التصرف قد يصدر من أحد الشركاء المشتاعين. وهذا التصرف قد ينصب على الشيء الشائع كله، أو على حصته الشائعة، أو على جزء مفرز منه، فما حكم هذه التصرفات؟ هذا هو موضوع الفقرات التالية.

١ ـ التصرف الجماعي:

وهذا التصرف قد يصدر من جميع الشركاء، أو قد يصدر من أغلبية معينة حددها المشرع المصري.

أ ـ التصرف الصادر من جميع الشركاء:

بديهي أن يملك جميع الشركاء التصرف في الشيء الشائع سواء أكان تصرفاً مادياً، باستهلاك الشيء أو إعدامه، أو تصرفاً بالتغيير في الشيء أو بالتعديل فيه، أو تصرفاً قانونياً. ويستوي أن يكون هذا التصرف القانوني بنقل ملكية الشيء كله أو جزء منه، أو بتقرير حق عيني آخر عليه كله أو على جزء منه، وسواء كان هذا الحق حقاً عينياً أصلياً أو حقاً عينياً تبعياً. والذي يهمنا في هذا الصدد هو التصرف القانوني.

وحيث أن الشيوع وضعاً استثنائياً مؤقتاً مصيره إلى الانقضاء، أياً كان

سببه، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه ما هو مصير هذه التصرفات التي صدرت من جميع الشركاء؟

يجب أن نقرر ابتداء أنه إذا كان التصرف ناقلاً لملكية الشيء الشائع كله فإنه بذلك تنتهي حالة الشيوع بين الشركاء المتصرفين. أما إذا كان التصرف ينقل ملكية جزء مفرز منه، فإن هذا الجزء وحده يخرج من نطاق الشيوع ويبقى باقي المال مملوكاً على الشيوع إلى أن تتم قسمته. وإذا كان التصرف بنقل حصة شائعة دخل المتصرف إليه مع الشركاء شريكاً بقدر هذه الحصة، وهذا يستتبع بالحتم نقص حصص الشركاء المتصرفين بقدر هذه الحصة. وليس في ذلك أدنى مشكلة.

ولكن المشكلة الحقيقية تكمن فيما إذا كان التصرف بترتيب حق عيني، أصلي أو تبعي على الشيء الشائع الذي يبقى في ملك الشركاء، فيثور التساؤل عن مصير هذا الحق بعد القسمة، إذا وقع الشيء الذي تقرر عليه الحق في نصيب أحد الشركاء. قد يبدو في الظاهر أنه لا محل للتساؤل، ولكن في حقيقة الأمر أن سبب هذا التساؤل مرتبط بمجال تطبيق الأثر الرجعي للقسمة، وبصفة خاصة ما نصت عليه المادة ١٠٣٩/ ١ مدني مصري في خصوص الرهن الرسمي من أنه «يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو بيعه لعدم إمكان قسمته».

فمن الفقهاء من اعتبر أن هذا النص يتضمن استثناء خرج فيه المشرع على القاعدة العامة في الأثر الرجعي للقسمة (م ٨٤٣). إذ مقتضى هذا الأثر الرجعي، أن يعتبر الشركاء الذين لم يقع العقار في أنصبتهم أنهم قد رهنوا ملك الغير، ومن ثم لا يسري رهنهم على الشريك الذي وقع العقار في نصيبه، وبالتالي ينحصر الرهن على العقار في حدود حصته التي رهنها فقط. وعلى هذا الأساس يرى هؤلاء الفقهاء أنه لا يجوز تطبيق حكم هذه المادة إلا في خصوص ما وردت فيه، الرهن الرسمي، وبالتالي فإنها لا تنطبق على

الرهن الحيازي[1].

ويعيب هذا الرأي أنه يقوم على مقدمة غير سليمة حيث يصور الرهن الصادر من جميع ملاك العقار على أنه مجموع رهن كل شريك لحصته. والواقع أن الرهن في هذهالحالة قد صدر عن إرادة جماعية لمن تنحصر فيهم كافة الحقوق على الشيء وبالتالي كانت لها ولاية إبرامه وقت صدوره. كما أن الشريك الذي اختص بالعقار في القسمة كان من بين هؤلاء الشركاء الذين أبرموا التصرف وكان يعلم أو بإمكانه أن يعلم سلفاً باحتمال وقوع العقار كله في نصيبه. ولذلك يجب أن يظل الرهن نافذاً في مواجهة هذا الشريك أياً كانت النتيجة التي تترتب على القسمة فيما بعد. وعلى ذلك فالمادة ١٠٢٩/ ١ والتي وردت في خصوص الرهن الرسمي تعد تطبيقاً لمبدأ عام وهو بقاء التصرف الصادر من كافة الشركاء أثناء الشيوع نافذاً بعد وقوع القسمة وأياً كانت نتيجتها، وليست استثناء من قاعدة عامة، في الأثر الرجعي للقسمة، كان يتعين تطبيقها لولا هذا النص. فقاعدة الأثر الرجعي لا تنطبق في خصوص التصرفات التي تصدر من كافة الشركاء أثناء الشيوع. فهذه القاعدة إنما ترمي إلى حماية كل الشريك إختص بمقتضى القسمة بحزء مفرز مما يكون قد تقرر من حقوق على الشيء الشائع من جانب أحد الشركاء الآخرين أو بعضهم، بحيث يتلقى الشريك الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه غير مثقل بتلك الحقوق[2].

---

(١) شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني، ، ١٩٥٥، فقرة ١١٠ ص ١٠٠، ١١١، سليمان مرقس، التأمينات العينية، فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٦، عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية العينية، ١٩٥٤، فقرة ٤٣٥ ص ٥٥٥، محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٣٢٨ ص ٤٧٢ عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٣٦ ص ١٦٦.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٤ ص ١٦١، ١٦٢، شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، ١٩٥٩، فقرة ٤٤ ص ١٠٧ ـ ١٠٨ وفقرة ٣٦٨ ص ٤٥٧ ـ ٤٦٠، حسن كيرة، فقرة ٨٤ ص ١٧٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢١ ص ١٧٥، توفيق فرج، فقرة ١٠٦ ص ٢٠٣، السنهوري، جـ٨، فقرة ٥٠٤، =

ب ـ التصرف الصادر من أغلبية الشركاء:

وفي إطار نفس الفلسفة التي تبناها المشرع المصري قد أعطى لأغلبية معينة من الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع بشروط معينة وتحت رقابة القضاء مما يحفظ للأقلية حقوقها، كما فعل من قبل بصدد القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة.

فنصت المادة ٨٣٢ مدني مصري على أن «للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً».

وإذا كان المشرع قد خول أغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع، إلا أنه قد أحاط ذلك بالعديد من القيود. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

ـ **شروط التصرف الصادر من أغلبية الشركاء:** يشترط المشرع لمباشرة أغلبية الشركاء سلطة التصرف في المال الشائع ما يلي:

(١) أن يصدر التصرف بناء على قرار من أغلبية موصوفة، هي من يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع.

(٢) يجب أن يكون هذا القرار مبنياً على أسباب قوية تبرره، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشيء الشائع بثمن مرتفع، أو يكون استغلال الشائع في حالته التي هو عليها متعذراً مما يتعين بيعه، أو يكون الشيء الشائع في حاجة إلى إصلاحات ضرورية لا يتوافر لها التمويل اللازم مما يجعل الأغلبية تقرر الاقتراض وتقرر في نفس الوقت إنشاء رهن على الشيء لضمان القرض.

= ص ٨٣٧ وقارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٤ ص ١٥١.

(٣) يجب أن تعلن الأغلبية قراراتها إلى باقي الشركاء، وذلك حتى يكفل المشرع العلم للأقلية لتتخذ موقفاً يتفق مع مصالحها إزاء هذا التصرف، فللأقلية على الشيء حقوق مثل حقوق الأغلبية. فإذا لم يتم الاعلان فلا يكون قرار التصرف نافذاً في حق الأقلية. وإذا تم الإعلان فتح الباب أمام الأقلية للتظلم من القرار خلال شهرين من وقت الإعلان.

وبذلك يكون المشرع قد خول للأقلية حق الرجوع إلى المحكمة، كما هو الحال في أعمال الإدارة غير المعتادة وبنفس الشروط. على أن سلطة المحكمة عند الرجوع إليها تختلف. فقد رأينا للمحكمة أن تلغي قرار الأغلبية في أعمال الإدارة غير المعتادة أو توافق عليه طبقاً للمادة ٨٢٩، وذلك بحسب ما يستند إليه القرار من مبررات أما في حالة التصرف، فالظاهر من عبارة النص المادة ٨٣٢، أنه على المحكمة أن تنظر أولاً فيما إذا كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء أم لا، فإن لم تكن ضارة أجرت المحكمة القسمة. ولا تعدل المحكمة عن القسمة لتنظر فيما إذا كان التصرف واجباً إلا إذا تبين لها أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء، وهذا الموقف يتسق مع أحكام الشيوع أكثر، حيث أن الأصل من التصرف في المال الشائع أن يكون بإجماع الشركاء فإذا أعطى المشرع هذه السلطة للأغلبية، ولو كانت موصوفة، فإن ذلك يعد استثناء على الأصل فعندما تعترض الأقلية يكون من الأوفق أن تحسم المحكمة النزاع بين الشركاء وتخرجهم من هذا الشيوع بقسمة المال الشائع إذا كان ذلك غير ضار بمصالحهم[1]. فإن بدى للمحكمة أن القسمة

---

(١) ويرى بعض الفقهاء أنه يجب ألا يفسر نص المادة ٨٣٢ على المعنى الظاهر من عبارته الأخيرة وحيث أن سياق النص يقتضي أن يفسر شطرها الأخير على أن المقصود به هو حاله ما إذا تمثلت معارضة الأقلية في طلب الخروج من الشيوع، وعلى ذلك يرى أنه يجب التفرقة بين حالتين، حالة إذا لم تطلب الأقلية القسمة وإنما طلبت إلغاء القرار، وحاله إذا ما طلبت الأقلية القسمة، أي لا يجوز للمحكمة أن تنظر مباشرة في أمر القسمة من تلقاء نفسها ودون طلب من جانب الشريك المعترض. إسماعيل غانم، فقرة ٧٥ ص١٦٣، ١٦٤، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٢، ص ١٧٧.

تلحق بالشركاء الضرر فإنها تعدل عنها وتنظر في أمر القرار الذي أصدرته الأغلبية بالتصرف في الشيء الشائع لتبسط رقابتها عليه، وتوازن بين قرار الأغلبية بالتصرف واعتراض الأقلية على ضوء المبررات التي استندت إليها الأغلبية في قرارها بالتصرف والأسباب التي تستند إليها الأقلية المعترضة، لتنتهي إما إلى الحكم بصحة القرار ونفاذه رغم معارضة الأقلية، وأما تقتنع بوجهة نظر الأقلية وتلغي القرار بالتصرف الصادر من الأغلبية[1].

وإذا أصبح التصرف الصادر من الأغلبية نهائياً، إما لعدم اعتراض أحد من الأقلية ابتداء أو لانقضاء مدة الشهرين من وقت إعلان القرار للأقلية، وإما بعد عرض الأمر على المحكمة وصدور حكم بإقرار التصرف بإنشاء حق عيني، كالانتفاع أو الرهن، فيبقى الحق نافذاً أياً كانت نتيجة القسمة، حكمه في ذلك حكم الحق الناشيء باتفاق جميع الشركاء[2].

في القانون اللبناني يختلف الحكم عنه في القانون المصري، فالمادة ٨٣٦ موجبات وعقود تنص على أنه «لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الغالبية إذا كانت تختص: أولاً ـ بأعمال التصرف. . .» فالمشرع اللبناني لا يجيز التصرف في المال الشائع إلا بإجماع الشركاء وهو يتطلب كذلك هذا الإجماع في شأن القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة على النحو السابق بيانه.

٢ ـ التصرف الصادر من الشريك

تمهيد وتحديد

للشريك حق ملكية على الشيء الشائع كله، وإن كان محدداً بقدر حصته. وعلى ذلك فإن هذا الشريك قد يتصرف في حصته الشائعة، أو في جزء مفرز من المال الشائع، أو في المال الشائع كله.

(١) انظر في نفس هذا المعنى حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٦٣، فقرة ١١٢ ص ٣٦٣هامش ١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٤ ص ١٥٢.
(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٤ ص ١٥٣.

ولنعرض لحكم هذه التصرفات في الفقرات التالية:

أ ـ التصرف في حصة شائعة:

ولبيان الأحكام التفصيلية في هذه الحالة فإنه يحسن بنا أن نعرض أولاً: لتصرف الشريك في حصته الشائعة بنقل ملكيتها وحماية باقي الشركاء في هذه الحالة بتقرير رخصة الاسترداد إذا كانت الحصة في المنقول أو مجموع من المال، وطلب الشفعة إذا كانت الحصة في عقار معين، ثم نعرض بعد ذلك لتصرف الشريك في حصته الشائعة بإنشاء حق عيني عليها.

(١) تصرف الشريك في حصته الشائعة بنقل ملكيتها، ورخصة الاسترداد:

نصت المادة ١/٨٢٦ مدني مصري على أن «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها.

ونصت المادة ٨٣٧ موجبات وعقود لبناني عى أن «لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته» «ويجوز له أن يبيع ملك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها وأن ينيب غيره في التمتع بها وأن يتصرف فيها على أي وجه آخر سواء كان يبدل أم لا بدل...».

وعلى ذلك للشريك أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعاً، وسواء كان المتصرف إليه أجنبياً عن الشركاء أو كان واحداً منهم.

ويعتبر تصرف الشريك في حصته الشائعة على أي وجه من الوجوه السابقة صحيحاً نافذاً في مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم عليه أو إلى إعلانهم به[1]. ويرتب هذا التصرف كامل آثاره بين الطرفين فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات من وقت العقد بقوة القانون، وإذا كانت الحصة الشائعة في عقار أو في مجموع من المال يشتمل على عقار، فلا تنتقل

---

(١) نقض ١٩٦٦/٣/٢٤، مجموعة أحكام النقض، س ١٥، ع ٢ ص ٥٠٤.

الملكية في هذه الحالة إلا بتسجيل التصرف. لكن إذا تصرف الشريك من مقدار شائع يزيد على حصته، لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد ويحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة[1].

ويترتب على هذا التصرف انتقال حق الشريك المتصرف إلى المتصرف إليه وبذلك يصبح هذا الأخير شريكاً في حدود الحق الذي تلقاه، فإن كان قد تلقى كل حق المتصرف حل محله في مركزه القائم، وأن كان قد تلقى بعض ما كان للمتصرف دخل المتصرف إليه شريكاً معه بقدر ما تصرف إليه ومع سائر الشركاء في المال الشائع. وإذا كان الشيوع يتضمن عدة أموال وتصرف أحد الشركاء في حصته، كلها أو بعضها، في أحد هذه الأموال فقط، دخل المتصرف إليه شريكاً في هذا المال فقط، وتبقى ملكية الشركاء لباقي الأموال كما كانت من قبل.

ـ رخصة الاسترداد:

والاسترداد retrait هو حق الشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء في الشيوع لأجنبي.

والعلة من تقرير الاسترداد في هذه الحالة، والشفعة بالنسبة للعقار، هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوع. ويلاحظ أنه إذا كان حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان في علة تقريرهم، في مجال الشيوع، إلا أن للشفعة نطاقاً يجاوز حالة الشيوع، فالشفعة تثبت للشريك في الشيوع وغيره من الشفعاء على النحو الذي سوف نراه. ولذلك تنفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد.

والاسترداد حق استثنائي، تقرر لتحقيق غرض معين وجده المشرع جدير بالاعتبار، ولذلك فهو لا يثبت إلا بنص.

---

(١) نقض ١١/١١/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٣٨٨ رقم ٢١٤.

وقد عرض المشرع المصري للاسترداد في المادة ٨٣٣ مدني فنص على أنه «١ ـ للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوض عن كل ما أنفقه. ٢ ـ وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته».

ولم يرد في القانون اللبناني نص مماثل ولذلك لا يوجد مثل هذا الحق للشريك المشتاع في المنقول أو المجموع من المال.

ولدراسة حق الاسترداد نعرض أولاً، لنطاقه، ثم ثانياً، لشروطه، وثالثاً، لإجراءاته، وأخيراً لآثاره.

(أولاً) نطاق حق الاسترداد: من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص: فحق الاسترداد لا يثبت إلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة في منقول معين أو مجموع من المال. وهو يثبت عند بيع هذه الحصة الشائعة لأجنبي. وهذا الحكم قرره المشرع المصري ليحدث نوعاً من التناسق في الأحكام مع الشفعة التي تقررت بالنسبة للعقار وخاصة وأنه يستجيب لنفس الاعتبارات.

وحق الاسترداد لا يثبت بالنسبة لبيع حصة شائعة في منقول معين فحسب، بل يشمل بيع هذه الحصة في مجموع من المال، كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة، وأموال الشركة بعد حلها، والمتجر، وذلك حتى لو اشتمل هذا المجموع على عقار. أما إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار معين فإنه لا يجوز الاسترداد، ولا سبيل في هذه الحالة للحلول محل المشتري إلا عن طريق الشفعة. وعلى ذلك فحق استرداد الحصة الشائعة يثبت أياً كان مصدر الشيوع، فيستوي أن يكون الشيوع ناشئاً عن الإرث أو غير ذلك من الأسباب[1].

(١) في هذا يختلف القانون المصري عن القانون الفرنسي الذي لا يجيز الاسترداد إلا إذا =

وحق الاسترداد الحصة الشائعة يثبت لكل شريك في الشيوع وقت البيع، سواء كان شريكاً أصلياً منذ بدء الشيوع أو كان شريكاً طارئاً بأن تلقى حصته من أحد الشركاء لأي سبب كان، كالميراث أو الشراء[1].

وإذا تعدد الشركاء الذين يريدون استرداد الحصة الشائعة المبيعة، كان لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته. ولكن ليس لدائني الشريك أن يستردوا باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة. لأن الاسترداد رخصة، ولا يجوز للدائن بالدعوى غير المباشرة أن يستمل ما للمدين من رخص[2].

ولا يجوز الاسترداد إلا في كل الحصة المبيعة، حيث لا يجوز تجزئة الصفقة على المشترى. وذلك حتى يتحقق الغرض من الاسترداد، وهو عدم دخول الأجنبي في الشيوع، لأنه لو أجيز استرداد بعض الحصة المبيعة لبقي المشتري شريكاً في الشيوع بالجزء المتبقي، وبذلك تنتفي العلة من الاسترداد.

(ثانياً) شروط الاسترداد: ولكي يستطيع الشريك أن يستعمل رخصة الاسترداد يجب أن يتوافر الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون التصرف الصادر من الشريك بيعاً، فلا يجوز الاسترداد في غير البيع من التصرفات ولو كان معاوضة كالمقايضة.

٢ ـ يجب أن يكون المبيع حصة شائعة، لأنه بذلك بتوافر العلة من الاسترداد، وهو عدم دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوع.

ولذلك لا يجوز الاسترداد إذا كان البيع وارداً على جزء مفرز من المال الشائع، لأن هذا البيع لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين، فلا يكون من شأنه

= كان الشيوع بسبب الإرث.

(١) الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٩٨.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٤ ص ٩٦٤، محمد علي عرفة، جـ ١ فقرة ٣١١ ص ٤١٨ عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٤٤ ص ١٧٤، حسن كيرة، فقرة ٩٨ ص ١٩١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٦ ص ١٥٧.

أن يجعل المشتري شريكاً، وبذلك تنتفي علة الاسترداد.

٣ ـ يجب أن يكون البيع لأجنبـي عن الشركاء، لأنه بذلك تتوافر العلة من الاسترداد وهي الحيلولة دون دخول أجنبي بين الشركاء في الشيوع. أما إذا كان البيع لأحد الشركاء فلا يجوز الاسترداد لانتفاء العلة.

٤ ـ يجب أن يكون البيع قد تم بالممارسة. فإذا كان البيع قد تم بالمزاد فلا يجوز الاسترداد ولو رسا المزاد على أجنبي، لأنه كان لدى الشركاء فرصة الدخول في المزاد. والمقصود بالبيع بالمزاد هنا هو البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون حتى يتحقق فيه الضمانات التي تكفل علم الشركاء به، وجدية المزاد. وهذا هو ما نص عليه المشرع في الشفعة (م ١/٩٣٩ مدني مصري)، ويجب الأخذ به في الاسترداد لاتحاد العلة. فإذا تم البيع بالمزاد على نحو غير ذلك، فإنه لا يحول دون إمكان الاسترداد.

(ثالثاً) إجراءات الاسترداد:

هذه الإجراءات تقوم على التوفيق بين استقرار المعاملات وحماية الشركاء في الشيوع. لذلك فقد قيد المشرع حق الاسترداد بميعاد قصير حتى لا يظل مصير البيع معلقاً مدة طويلة[١]. فأوجب على من يرغب في الاسترداد من الشركاء أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به. ولم يحدد المشرع ميعاداً للإعلان بالبيع، ولكن سيكون من مصلحة البائع أو المشتري أن يبادر بإعلان الشركاء بالبيع ليضع حداً لإمكان طلب الاسترداد، إذ يتعين عندئذ على من يرغب في الاسترداد أن يعلن رغبته في ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان. فإذا لم يتم الإعلان فإن الحق في الاسترداد يسقط بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالبيع. ولم يشترط المشرع في الإعلان أن يكون رسمياً، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الشفعة (م ١/٩٤٢ مدني مصري) فيصح الإعلان بأي طريقة من الطرق.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٩٨.

وميعاد الثلاثين يوماً هو ميعاد لإعلان الرغبة في الاسترداد فقط، وليس ميعاد لرفع الدعوى. وعلى ذلك يكفي أن يظهر المسترد استعداده لتعويض المشتري عن كل ما أنفقه دون حاجة إلى إيداعه خزانة المحكمة ولا حتى عرضه عرضاً حقيقياً. وإذا لم يتم الاسترداد بالتراضي فيكون للمسترد أن يرفع الدعوى في أي وقت إلى أن تتم القسمة، إذ لم ينص المشرع على ميعاد لرفع الدعوى[1]. وهذا الحل يفوت على الشارع غرضه من اشتراط إعلان الرغبة في ميعاد معين، وهو عدم بقاء مصير التصرف معلقاً لمدة طويلة.

ويجب أن تتم هذه الإجراءات في مواجهة كل من البائع والمشتري، فيجب على المسترد أن يعلن رغبته في الاسترداد إلى كل من البائع والمشتري خلال الميعاد المحدد، فإذا أعلن أحدهما في الميعاد المحدد ولم يعلن الآخر إلى بعد انقضائه سقط حقه في الاسترداد. كما يجب أن ترفع دعوى الاسترداد على كل من البائع والمشتري ويجب اختصامهما معاً في جميع مراحل الدعوى بما فيها مرحلة الطعن بالنقض. وذلك لأن الاسترداد عندما يتم فهو يتم في مواجهة كل من البائع والمشتري إذ يترتب عليه حلول المسترد محل المشتري في علاقته بالبائع[2].

(رابعا) آثار الاسترداد:

إذا تم الاسترداد، سواء بالاتفاق أو بحكم المحكمة، حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه (م ٨٣٣/ ١ مدني مصري). فيجب على المسترد أن يدفع للمشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه للبائع مع فوائده من يوم دفعه، علاوة على ذلك يدفع

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٨٤ ص ١٩١، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٤٧ ص ١٧٦، حسن كيرة، فقرة ١٠٠ ص ١٩٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٦ ص ١٥٨، السنهوري، جـ ٨ فقرة ٨٢٢ ص ٨٦٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٠ ص ١٩٧.

(٢) نقض ١٨/ ١٢/ ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض، س ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٦ ص ١٥٩.

المسترد كافة ما دفعه المشتري، من نفقات، كمصاريف السمسرة وتحرير العقد ورسوم التسجيل، وما ساهم به المشتري من نفقات في حفظ المال الشائع أو إدارته. وفي مقابل ذلك يكون للمشتري الحق في كل الثمار التي حصلها المشتري منذ البيع إلى تمام الاسترداد.

وإذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن بعد، كان على المسترد دفعه للبائع، ويمتنع على هذا الأخير مطالبة المشتري به، حيث أن المسترد قد حل محل المشتري في كافة التزاماته.

ومقتضى الاسترداد أيضاً أن المسترد يحل محل المشتري في كافة حقوقه، فيحق له الاستفادة بالأجل الذي كان البائع قد منحه للمشتري في دفع الثمن، دون حاجة إلى رضاء جديد من جانب البائع وذلك على خلاف الحال في الشفعة، حيث لا يحق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع (م ٩٤٥/٢ مدني مصري) وهذا استثناء على مبدأ الحلول لا يعمل به في صدد الاسترداد دون نص. وحلول المسترد محل المشتري يكون في ذات العقد الذي تم بين البائع والمشتري، وبالتالي لا يعتبر الاسترداد بيعاً جديداً بين المشتري والمسترد. وعلى ذلك لا يعتبر المسترد خلفاً للمشتري بل هو خلف للبائع يتلقى عنه الحصة المبيعة مباشرة. ولذلك يستند حق المسترد إلى وقت البيع فيصبح كأنه المشتري الأصلي ابتداء. ومن ثم لا يحتج عليه بالتصرفات التي أبرمها المشتري في الفترة ما بين البيع وتمام الاسترداد. كما أنه لا ضمان على المشتري للمسترد، وإنما يكون للمسترد أن يرجع على البائع بالضمان وفقاً لأحكام عقد البيع الذي حل فيه محل المشتري.

وإذا كان المبيع حصة في مجموع من المال، وكان هذا المجموع يشتمل على عقار، فإنه يجب تسجيل الاتفاق الذي يتم به الاسترداد أو الحكم الذي يصدر به. حتى تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار من البائع إلى المسترد. وإذا كان عقد البيع قد سجل، فيكفي التأشير على هامش التسجيل.

(٢) تصرف الشريك الشائع في حصته الشائعة بترتيب حق عيني عليها:

يجوز للشريك أن يرتب على حصته الشائعة حقاً عينياً للغير إذا لم يكن في طبيعة هذا الحق ما يحول دون وروده عليها. وعلى ذلك يجوز له أن يرتب حق انتفاع على الحصة، كما يجوز أن يرهنها سواء كان الرهن رسمياً أو حيازياً. ونود أن نتعرف على حكم هذه التصرفات، ثم مصير هذه الحقوق بعد أن تتم القسمة.

(أولاً) حكم هذه التصرفات: تعتبر هذه التصرفات صحيحة نافذة في مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم ودون حاجة إلى انتظار لنتجة القسمة. فإذا كان الحق الذي رتبه الشريك على الحصة الشائعة حق انتفاع فإن المنتفع يصبح هو صاحب الحق في ثمار الشيء بقدر الحصة التي يرد عليها حقه، وبالتالي يكون رأيه هو المعتبر، دون الشريك مالك الرقبة. فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة. أما أعمال الإدارة غير المعتادة فالرأي فيها للشريك بوصفه مالكاً للرقبة لأن المنتفع لا يجوز له أن يستعمل الشيء إلا بحالته التي تسلمه بها ويحسب ما أعد له (م ٩٨٨/ ١ مدني مصري).

أما إذا كان هذا التصرف رهناً، سواء كان رسمياً أو حيازياً، فإن هذا الرهن صحيح نافذ في مواجهة سائر الشركاء، ولذلك إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن، والشيوع لا يزال قائماً، كان للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الحصة المرهونة فتباع جبراً ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح شريكاً في الشيوع.

(ثانياً) مصير هذه التصرفات بعد القسمة: والفرض الذي نحن بصدده هو أن تتم القسمة قبل أن ينقضي حق الانتفاع أو قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه. وقد عرض المشرع لمصير الرهن الرسمي، في بعض الأحوال دون البعض الآخر، فنص في المادة ١٠٣٩/ ٢ مدني مصري على أنه «إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً في هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من

هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل. ويعين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين».

والمشرع عرض في هذا النص لمصير رهن الحصة الشائعة في حالة إذا لم يقع العقار الذي رهنت الحصة منه في نصيب الراهن، وإنما وقع في نصيبه عقارات أخرى، وقرر انتقال الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة العقار المرهون، أي الحصة. وهذا الحكم يوفق بين مصلحتين مصلحة المتقاسم الذي اختص بالجزء الذي ورد الرهن ابتداء على حصة منه. في أن يخلص له هذا الجزء خالياً من الرهن، ومصلحة الدائن المرتهن وذلك باحتفاظه بنفس الضمان المقرر له وبمرتبته بشرط اتباع الإجراءات المنصوص عليها.

ولم يعرض المشرع للحالات الأخرى التي يمكن أن تتمحض عنها القسمة. كحالة وقوع العقار الذي رهنت حصة فيه، أو جزء منه في نصيب الراهن عند القسمة. ولكن على ضوء الحكم الذي قرره المشرع والقواعد العامة في الشيوع يمكن مواجهة هذه الفروض. وعلى ذلك فإذا اختص الراهن في القسمة بجزء مفرز من هذا العقار يعادل في قيمته الحصة التي رهنها، فإن الرهن يتركز في هذا الجزء على أساس الحلول العيني[1]. أما إذا وقع العقار كله في نصيب الراهن فبعض الفقهاء يرى أن العقار كله، لا

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٧ ص ١٦٦ هامش ٢، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن انحصار الرهن في الجزء المفرز في هذه الحالة يكون بمقتضى القسمة ذاتها. اسماعيل غانم، فقرة ٨١ ص ١٨٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٦ ص ١٩٢، شمس الدين الوكيل، التأمينات، فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١، أحمد سلامة، التأمينات، فقرة ٥٠ ص ١٧٣، حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية ط ١٩٦٣، فقرة ١٢٠ ص ٤٠٣ هامش ١.

حصة منه فقط، يصبح مرهوناً[1]. وهذا الرأي منتقد لأن فيه تبديد للقدرة الائتمانية للراهن. كما أنه يؤدي إلى إفادة الدائن المرتهن على حساب دائني الراهن الآخرين بغير حق[2]. ولذلك يذهب غالبية الفقهاء إلى بقاء الرهن قائماً، كما كان، على الحصة التي رهنت ابتداء[3] وأخيراً إذا وقع في نصيب الراهن جزء مفرز من العقار يزيد في قمته على قيمة الحصة المرهونة فإن الرهن ينحصر في حصة من هذا الجزء المفرز تعادل قيمة الحصة التي رهنت ابتداء. وهذا الحل يؤدي إلى احتفاظ الراهن بقدرته الائتمانية ويحفظ للدائن المرتهن حقه دون إفراط أو تفريط.

وإذا لم يقع في نصيب الراهن عند القسمة شيء من ذلك وإنما اختص بمبلغ من النقود، فإن حق الدائن المرتهن يتعلق بهذا المبلغ، فإذا كان حقه مستحـق الأداء إستوفاه بالأولوية من هذا المبلغ بمقتضى الرهن ذاته، أما إذا لم يكن كذلك انتقل الرهن إلى هذا المبلغ، أي يخصص هذا المبلغ لضمان دين الدائن المرتهن.

وإذا لم يختص الراهن في القسمة إلا بمنقولات فإن الرهن الرسمي ينعدم أثره، ولا ينتقل حق الدائن المرتهن إلى هذه المنقولات إذ هي لا تصلح محلاً للرهن الرسمي[4]. مما لا شك فيه أن هذا الحل فيه إهدار لحق الدائن المرتهن دون مبرر معقول، إذ الغرض أن الرهن نشأ صحيحاً وفي

(١) دي باج دوكرز، جـ ٧ فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦، أحمد سلامة، التأمينات العينية، الرهن الرسمي، فقرة ٥٠ ص ١٧٣.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧ ص ١٦٤، وبصفة خاصة هامش ٣.

(٣) أوبري ورو، جـ ٣، فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦، بودري لاكنتري، جـ ٢ فقرة ١٣٢١ ص ٤٢٢، بلانيول وريبير وبيكيه، ص ١٢ فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧، عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات، فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦، سليمان مرقس، التأمينات، فقرة ٤٩ ص ٧٩، محمد علي إمام، التأمينات، فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧ ص ١٦٤.

(٤) إسماعيل غانم، فقرة ٨١، ص ١٨٥، شمس الدين الوكيل، التأمينات، فقرة ٤٠ ص ١١٢ هامش ٢، أحمد سلامة، التأمينات، فقرة ٥٠ ص ١٧٤.

حدود سلطة الراهن لوروده على حصته ولذلك يحسن أن يتدخل المشرع ويقضي بانتفال حق الدائن المرتهن إلى قدر مما يقع في نصيب الراهن أياً كانت طبيعته، وذلك على الوجه الذي يتلائم مع طبيعة المال الذي ينتقل إليه حق الدائن، فيمكن أن يصبح هذا الحق رهناً حيازياً[1].

ب ـ التصرف في جزء مفرز:

تصرف الشريك في حصة مفرزة يثير كثيراً من الصعوبات. وذلك لأن الشريك لا يملك قبل القسمة إلا حصة شائعة ولذلك فإن تصرف الشريك في حصة مفرزة يعد خروجاً عن الحدود المقررة قانوناً (م ٨٣٢ مدني مصري). والسؤال الذي يطرح نفسه الآن ما هو حكم هذا التصرف؟

قبل أن ينظم المشرع المصري تصرف الشريك في جزء مفرز كان هناك خلاف حول حكم هذا التصرف.

فذهب رأي[2] إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز تصرف في ملك الغير فيما يوازي حصص باقي الشركاء. ويترتب على ذلك أن للمتصرف إليه أن يطلب إبطال العقد للتصرف في ملك الغير. كما يكون لباقي الشركاء تأكيد حقوقهم على هذا الجزء برفع دعوى الاستحقاق دون توقف على نتيجة القسمة.

ويذهب رأي ثان، وهو الاتجاه الذي كان راجحاً في مصر في ظل التقنين المدني السابق[3] إلى اعتبار تصرف الشريك في جزء مفرز موقوفاً على

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧ ص ١٦٥.

(٢) وهذا هو الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسي، انظر بلانيول وريبير وهاميل، جـ ١ فقرة ٥١، بيدان وبريت دولا جريساي، جـ ١١ فقرة ١٠٩، ١١٠. وهذا هو أيضاً اتجاه بعض المحاكم في مصر في ظل التقنين المدني السابق، انظر استئناف مختلط، ١٢/٢/١٩١٥، بلتان س ١٧ ص ٧٣ إستئناف مصر ٢٩/١٢/١٩٣٦ المحاماة س ١٨ رقم ٢٤٠ ص ٤٥٦، وهذا ما أخذ به بعض الفقهاء، أحمد نجيب الهلالي، شرح القانون المدني في العقود، جـ ١ في البيع والحوالة والمقايضة، ١٩٢٥ فقرة ٢٧٥، هامش ص ٢٢١.

(٣) نقض ٧/١٢/١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض، س ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٥، نقض =

نتيجة القسمة، بحيث يستقر هذا التصرف نهائياً إذا ما وقع الجزء المتصرف فيه، نتيجة القسمة، في نصيب المتصرف، أما إذا لم يقع هذا الجزء في نصيب المتصرف وإنما وقع في نصيب شريك آخر فإنه بذلك يتأكد صدور التصرف من غير مالك. ويكون للمتصرف إليه طلب إبطاله. أما قبل القسمة، حيث لم يتضح بعد مصير التصرف، فإنه لا مجال لطلب إبطاله على أساس أنه تصرف في ملك الغير. كما أنه ليس لباقي الشركاء رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في الجزء المفرز المتصرف فيه[1].

ثم أراد المشرع في التقنين الحالي حسم هذا الخلاف فنص في المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري على أنه «إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف».

وبالرغم من تنظيم المشرع لتصرف الشريك في حصة مفرزة إلا أن الخلاف ما زال مستمراً حول تكييف هذا التصرف. ويرجع ذلك إلى أن المشرع قد قفز مباشرة إلى تحديد مصير التصرف بعد القسمة دون أن يكشف عن حكم هذا التصرف قبل القسمة. وكذلك انقسم الفقه حول هذا الموضوع. فذهب رأي إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر تصرفاً فيما لا يملك، على أساس أن الشريك لا يملك إلا ملكية شائعة، فإذا تصرف في ملكية مفرزة فقد تصرف فيما ليس له، ذلك أن الملكية الشائعة حق متميز عن الملكية المفرزة[2]، أو على أساس أن حق الشريك المشتاع لا يتركز في الجزء المعين الذي تصرف فيه، وإنما ترد على هذا الجزء أيضاً حقوق الشركاء الآخرين، فيكون الشريك قد تصرف في ملك غيره بقدر ما للشركاء

= ١٩٥٥/٦/٣٠، المجموعة السابقة س ٧ رقم ٨٠٧، ص ٧٦٠.

(١) انظر حسن كيرة، فقرة ٨٩ ص ١٧٦ هامش ١.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٠.

من حقوق في هذا الجزء[1] ولذلك يكون للمشتري أن يطلب إبطال البيع، على أساس بيع ملك الغير، دون حاجة لانتظار نتيجة القسمة، ولو كان يعلم أن المبيع غير مملوك للبائع[2].

ويذهب رأي ثان إلى أن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر صحيحاً كتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه. على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة[3]. وهذا الرأي منتقد من عدة نواح، أولاً أنه ينسب إلى إرادة المتعاقدين ما لم تنصرف إليه لا في الحقيقة ولا في الظاهر[4]، ثانياً، أنه يخالف صريح نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدني مصري، حيث أن مقتضاه أن يكون المتصرف إليه، وقد أصبح شريكاً على الشيوع، هو المتقاسم إذا ما تمت القسمة بعد التصرف بالرغم من المادة تنص على أن حق المتصرف إليه. ينتقل إلى «الجزء الذي آل إلى **المتصرف** بمقتضى القسمة»[5] فالمتصرف هو المتقاسم طبقاً لهذا النص.

ـ حكم تصرف الشريك في جزء مفرز:

للوقوف على حكم تصرف الشريك في جزء مفرز ينبغي أن نفرق بين مرحلة ما قبل القسمة ومرحلة ما بعد القسمة. .

(أولاً) مرحلة ما قبل القسمة: نفرق في هذه المرحلة بين حكم التصرف فيما بين المتعاقدين وحكم بالنسبة لباقي الشركاء.

---

(١) سليمان مرقس ومحمد علي إمام، عقد البيع، فقرة ٢٨٧، ص ٤٧٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٠.

(٢) انظر في نقد هذا الرأي منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ هامش ٢ ص ١٧٠، ١٧١.

(٣) أنور سلطان، في عقد البيع، ١٩٠٢، فقرة ٤١٤ ص ٤١٣، عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٢ ص ١٦٢.

(٤) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧٣، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٠.

(٥) إسماعيل غانم، نفس المرجع، حسن كيرة نفس المرجع ص ١٨١.

(١) **حكم التصرف فيما بين المتعاقدين: صحيح نافذ:**

(أ) **هذا التصرف صحيح** على أساس أنه تصرف صادر من مالك، فحق الشريك في الشيوع حق ملكية يرد على العين الشائعة جميعها وبالتالي لا يعتبر تصرفاً في ملك الغير.

ويترتب على ذلك أن التصرف لا يكون قابلاً للإبطال لمجرد أن المتصرف شريك على الشيوع وأن محل التصرف جزء مفرز.

فليس للمتصرف إليه أن يستند إلى ذلك فيطلب الإبطال، على أساس بيع ملك الغير، لا قبل القسمة ولا بعدها، وأياً كانت النتيجة التي تترتب على القسمة عند حصولها، لكن له فقط أن يطلب الإبطال على أساس الغلط طبقاً للقواعد العامة وذلك إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. وله أن يطلب الإبطال سواء قبل القسمة أو بعدها[١]. وذلك على عكس الحال في بيع ملك الغير، وهو قابل للإبطال لمصلحة المشتري ولو كان يعلم أن المبيع غير مملوك للبائع. فالمادة ٤٦٨ مدني مصري تدل بوضوح على أن علم المشتري بحقيقة الحال يقتصر أثره على حرمانه من الحق في التعويض.

(ب) **هذا التصرف نافذ**، حيث أنه يرتب أثاره فيما بين المتعاقدين، لكن هذه الآثار تقتصر على الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين، وبالتالي هذا التصرف لا ينتج آثاراً عينية، أي أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين[٢]. ويرجع ذلك إلى أن سلطات المالك المشتاع تختلف عن سلطات المالك ملكية مفرزة، ومظهر هذا الاختلاف أن معظم هذه السلطات، وبوجه خاص سلطة التصرف، لم تتقرر للشريك لكي يمارسها بمفرده، بل يتعين ممارستها

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٦٩ هامش ١ قارن مع ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٣.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٠ هامش ١.

مع غيره من الشركاء منعاً للمساس بحقوقهم[1]. كما أن الاعتراف بصحة هذا التصرف يعد استثناء على الحدود المرسومة قانوناً في المادة ٨٣٢ مدني مصري وبالتالي يجب حصره في أضيق الحدود وبالتالي عدم التوسع في نطاق آثاره حتى لا يؤدي إلى نتائج شاذة[2].

وعلى ذلك يكون التصرف في الجزء المفرز الذي انفرد به الشريك صادراً ممن ليست له سلطة التصرف منفرداً. لأنه وإن كان صحيحاً أن للشريك على الشيوع حق ملكية على العين الشائعة جميعها إلا أن ملكيته ملكية شائعة لا مفرزة. ويترتب على ذلك إذا كان محل هذا التصرف منقولاً، وحازه المشتري من الشريك، أو الدائن الذي ارتهنه منه رهناً حيازياً، بحسن نية، فإنه يكتسب الملكية أو الرهن لا على أساس نفاذ عقد البيع أو عقد الرهن ذاته في حق الشركاء الآخرين، وإنما على أساس قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز (م ١/٩٧٦، م ١١١٨ مدني مصري)[3].

أما إذا كان عقاراً، فإن بيع الشريك لجزء مفرز يصلح سبباً صحيحاً لتملك هذا الجزء بالتقادم الخمسي متى توافر عند المشتري حسن النية، ويكون سبب اكتساب الملكية في هذه الحالة هو التقادم الخمسي لا التصرف ذاته[4].

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ هامش ٢ ص ١٩٩ ـ ٢٠٠.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ هامش ٢ ص ١٩٩، ٢٠٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٤ هامش ١.

(٣) إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٦.

(٤) نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مجموعة عمر جـ ١ ص ١٣١ رقم ٥٨، نقض ١٩٤٢/٤/٢٣ مجموعة عمر، جـ ٣ ص ٢٣ رقم ١٥٢ وينتقد الفقه هذا القضاء على أساس أن السبب الصحيح لا يكون إلا تصرفاً صادراً من غير مالك بينما تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر تصرفاً صادراً من مالك (محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ١٣٣، ص ٢٣٩، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨١. والواقع أن السبب الصحيح متوفر في هذه الحالة لأن المادة ٣/٩٦٩ مدني تعتبر السبب صحيحاً في حالتين حالة إذا ما صدر السند من شخص لا يكون مالكاً للشيء، والحالة الثانية إذا لم يكن صاحباً =

(٢) حكم التصرف بالنسبة لباقي الشركاء: غير نافذ

إذا كان ما للشريك من حق ملكية على الشيء الشائع كله قد جعل تصرفه في جزء مفرز صحيحاً نافذاً فيما بين المتعاقدين في الحدود السابق بيانها، إلا أن هذا التصرف الذي انفرد به الشريك يعد صادراً ممن ليست له سلطة التصرف منفرداً لأن ملكيته شائعة لا مفرزة، فلباقي الشركاء على ذات الشيء نفس الحقوق، ولذلك لا ينفذ هذا التصرف في حقهم.

ويترتب على عدم نفاذ التصرف الشريك في جزء مفرز في مواجهة باقي الشركاء النتائج التالية:

(أ) لباقي الشركاء تأكيد حقوقهم على الجزء المفرز المتصرف فيه برفع دعوى الاستحقاق. فالقاعدة العامة أنه ليس للشريك في الشيوع أن يأتي عملاً فيه مساس بحقوق سائر الشركاء، وواضح أن انفراد الشريك بالتصرف قبل القسمة في جزء مفرز من العين الشائعة، ببيع أو رهن أو بإنشاء أي حق عيني آخر، فيه اعتداء على حقوق سائر الشركاء.

وعلى ذلك فلا يجوز للمشتري أن يحتج بعقده في مواجهة الشركاء الآخرين. ولا يجوز للدائن المرتهن الاحتجاج قبلهم بالرهن. وللشركاء رفع دعوى الاستحقاق على المشتري لا للحصول على جزء مادي معين من العين المبيعة بل للاعتراف بحقوقهم شائعة فيها[١].

وقد كانت محكمة النقض قد ذهبت في ظل التقنين المدني السابق بأنه

= للحق الذي يراد كسبه بالتقادم والحق المراد كسبه بالتقادم في حالة تصرف الشريك في جزء مفرز هو حق الملكية المفرزة والفرض أن الشريك المتصرف ليس صاحب هذا الحق. فهو ليس إلا مالكاً مشتاعاً انظر إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ١.

(١) إسماعيل غانم، فقر ٧٦ ص ١٦٥ عكس ذلك نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٦ ص ٧٦٠ رقم ٣٦١.

ليس للشريك أن يرفع دعوى الاستحقاق إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب الشريك البائع[1] وهذا القضاء كانت تبرره الضرورات العملية، وهي تمكين كل شريك، رغم معارضة باقي الشركاء ـ من الحصول على أقصى ما يستطيع من منافع المال الشائع، حين كان الشيوع بغير تنظيم وكانت تكفي معارضة شريك واحد لتعطيل الانتفاع. ولم يعد لهذا القضاء ما يبرره الآن بعد أن نظم المشرع الشيوع تنظيماً يكفل منع تعطيل الانتفاع بالمال الشائع رغم اختلاف الشركاء[2].

وعدم نفاذ تصرف الشريك في جزء مفرز مقرر لحماية حقوق باقي الشركاء. ولذلك فإن هذا التصرف يصير نافذاً إذا أقره سائر الشركاء أو أقره منهم من تكون حصصهم ـ بالإضافة إلى حصة الشريك المتصرف ـ ثلاثة أرباع الشيء الشائع طبقاً لنص المادة ٨٣٢ مدني مصري[3].

(ب) **عدم اعتبار المتصرف إليه شريكاً معهم**: إذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر صحيحاً نافذاً فيما بين طرفيه إلا أنه غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء. فإذا كان التصرف بنقل الملكية، كالبيع، فإن المتصرف إليه أو المشتري لا يحل محل الشريك المتصرف أو البائع[4]. ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

---

(١) نقض مدني ١٦/٦/١٩٣٢ مجموعة عمر، جـ ١ ص ١٣١ رقم ٥٨، ٢٥/٤/١٩٤٠ مجموعة عمر، جـ ٣ ص ١٨٩ رقم ٤٤ ذ. انظر في نقد هذا القضاء أنور سلطان، البيع، فقرة ٤١٦، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٣٣، حسن كيرة، طبعة ١٩٦٣ فقرة ١٢٢ ص ٣٣٣.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٦، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٨، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٥ ص ١٨٦، ١٨٧.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٣، إسماعيل غانم، فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ٢.

(٤) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧٣ هامش ٤ ص ١٧٩، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٣.

١ - ليس للمتصرف إليه أو المشتري حق الاشتراك في إدارة المال الشائع أو المتصرف فيه، بل تكون العبرة برأي الشريك المتصرف عند احتساب الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة أو التصرف إذا لا زالت صفة الشريك باقية له لم تنتقل إلى المتصرف إليه المشتري(١).

٢ - ليس للمتصرف إليه أو المشتري الحق في طلب القسمة أو لا يقبل تدخله في دعوى القسمة بوصفه متقاسماً - بل يبقى هذا الحق للشريك المتصرف.

٣ - ليس للمشتري الحق في طلب الشفعة أو الاسترداد حيث أن كل منهما رخصة مقررة للشركاء والمتصرف إليه ليس بشريك، بل يظل هذا الحق للشريك المتصرف(٢).

(ثانياً) مرحلة ما بعد القسمة:

في هذه المرحلة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف لا يملك

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٨٠ هامش ٤ ص ١٧٩، ١٨٠، حسن كيرة، فقرة ٩٢ ص ١٨٤.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٨٦ هامش ٢ ص ١٩٩، ٢٠٠ حسن كيرة فقرة ٩٢ ص ١٨٤، ١٨٥.

ويذهب قضاء محكمة النقض إلى عكس ذلك حيث قضت بأن «. . . بأن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً. وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبني على هذا أن يثبت لهم حق الشفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح نص المادة ٩٣٩/ب مدني» نقض ٢٣/١٢/١٩٨٦ الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٥١ ق.

العين المتصرف فيها مفرزة. فيكون للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف ما لم يكن الجزء المتصرف فيه قد وقع في نصيب المتصرف، ففي هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالإبطال لأن ذلك يتعارض مع ما يقضي به حسن النية (م ١٢٤ مدني مصري). وكذلك الحال إذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم، أو تلقى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه لأي سبب كان[1].

الفرض الثاني: إذا كان المتصرف إليه يعلم أن المتصرف ليس إلا شريكاً على الشيوع. في هذه الحالة ليس له طلب الإبطال على أساس الغلط حتى ولو لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف. كما أنه ليس له طلب الإبطال على أساس أنه بيع لملك الغير لأن الشريك يعتبر قد تصرف فيما يملك كما أسلفنا، ولو أسفرت القسم بعد ذلك عن وقوع ذلك الجزء في نصيب شريك آخر. والمخرج في هذه الحالة قرره المشرع في المادة ٨٢٦/ ٢ مدني مصري بأن قرر «انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة..». وعلى ذلك إذا وقع الجزء المفرز المتصرف فيه من نصيب المتصرف في هذه الحالة يستقر التصرف نهائياً وأن ملكية الجزء المفرز المتصرف فيه تخلص للمتصرف إليه. وإذا وقع في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة جزء آخر غير المتصرف فيه في المال الشائع، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء المفرز الآخر (م ٨٢٦/ ٢)، أو إلى قدر يعادل قيمة الجزء المفرز الذي تصرف فيه (م ١٠٣٩/ ٢ مدني باعتبارها تطبيقاً، فيما يتعلق بالرهن الرسمي، لنص المادة ٨٢٦/ ٢ مدني كما أسلفنا).

ومن حيث الإجراءات الواجبة الاتباع لتعيين العقار الذي ينتقل إليه حق المتصرف إليه فقد بينتها المادة ١٠٣٩/ ٢ بصدد الرهن الرسمي، ويمكن تعميمها على جميع التصرفات، سواء كان التصرف رهناً رسمياً أو رهن حيازة

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٦٨.

أو بيعاً أو غير ذلك، باعتبار أن هذا النص مكمل لنص المادة ٢/٨٢٦ مدني[1].

وقد نصت المادة ٢/١٠٣٩ مدني مصري على أنه «إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً في هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويعين هذا القدر القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن في خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين».

ويمكن إتباع الإجراءات ذاتها أياً كان التصرف الذي انفرد به الشريك كما أسلفنا. فإن كان التصرف بيعاً، كان على المشتري أن يستصدر أمراً على عريضة بتخصيص جزء مما آل إلى الشريك البائع ينتقل إليه حقه. ثم يقوم المشتري بتسجيل هذا الأمر إن كان الشيء عقاراً. فإذا تم هذا التسجيل في خلال فترة التسعين يوماً، فإن أثره يستند إلى وقت تسجيل البيع، فلا تنفذ في حق المشتري التصرفات التي صدرت من البائع في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل أمر التخصيص»[2].

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٨ فقرة ٥٣٢ ص ٨٧٧، محمد على عرفة جـ ١، فقرة ٣٠٢ سليمان مرقس ومحمد علي إمام في البيع، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩، إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٥، ١٧٦. ويرى بعض الفقهاء أن القياس في مسائل الإجراءات غير مقبول، ويسلمون بوجود قصور في التشريع يجب تداركه، عبد المنعم البدروي، فقرة ١٣٠، حسن كيرة، فتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع، مجلة كلية الحقوق العددين الثالث والرابع سنة ١٩٦٢ ـ ١٩٦٣ فقرة ١٩ ص ٧٢.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧٠، السنهوري، جـ ٨، فقرة ٥٣٢ ص ٨٧٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٥، ١٧٦.

لكن يراعى أنه إذا كان جميع الشركاء قد قرروا رهناً على ذلك الجزء الذي آل إلى الشريك البائع بمقتضى القسمة، فإن هذا الرهن يظل نافذاً ويؤول الجزء الذي اختص به المشتري بمقتضى أمر القاضي محملاً بذلك الرهن. كما يظل امتياز المتقاسمين ثابتاً لهم ولو كان المشتري قد أجرى التسجيل الجديد في خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إخطاره بتسجيل القسمة وقبل أن يتم تسجيل امتياز المتقاسمين»[1].

ويفسر الفقه هذا الانتقال بفكرة الحلول العيني حيث أن المشرع قد استبقى التصرف ولكن مع تغيير محله، بأن أحل ما وقع في نصيب المتصرف محل الجزء المتصرف فيه، والذي لم تخلص ملكيته بعد للمتصرف إليه، حيث أن تصرف الشريك في جزء مفرز لا يرتب آثاراً عينية، بمعنى أن الملكية لا تنتقل أصلاً لا بالنسبة لباقي الشركاء ولا بالنسبة للغير ولا حتى فيما بين المتعاقدين كما سبق القول. ومن هنا تأتي صعوبة القول باعتبار أن ذلك مجرد تطبيق لفكرة الحلول العيني[2].

في القانون اللبناني:

لم يعالج المشرع مشكلة تصرف الشريك في جزء مفرز إلا في خصوص التأمين. حيث تنص المادة ١٢٢ ملكية عقارية على «أن التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع بدون إذن من شركائه يحول بعد القسمة إلى الحصة

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧١ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٣، ١٨٤.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٧٧ ص ١٧١ هامش ٢ يعتبر هذا حلول عيني استثنائي، عبد المنعم فرج الصدة، يعتبر ذلك مجرد تطبيق للحلول العيني فقرة ١٢٤ ص ١٨٢، قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٥ وهو يستبعد فكرة الحلول العيني ويفضل القول بأن المشرع قضى بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية، أو بإعطاء الحق بوجه عام، على غير محله الذي ورد عليه ابتداء. وذلك لأن الحلول العيني لا يترتب عيه نقل الحقوق الشخصية. وانظر في نقد ذلك حسن كيرة، طبعة ١٩٦٣ فقرة ١٢٢ ص ٣٣٨ هامش ١.

التي تقع في نصيبه، أما المبالغ التي تصيب عاقد التأمين من تعادل قيم الحصص أو المبالغ التي تستحق له من ثمن العقار، في حالة بيعه من شركائه فتخصص لتسديد مال التأمين».

وقد أخذ المشرع اللبناني بفكرة انتقال التأمين إلى ما يختص به الشريك عاقد التأمين بعد القسمة. وبذلك يكون المشرع اللبناني قد اتخذ من الحلول العيني وسيلة للإبقاء على التصرف في هذه الحالة. وهذا النص يمكن تطبيقه على الرهن بطريق القياس لاتحاد العلة[1]. وهذا النص لم يبين الإجراءات الواجبة الاتباع لاتمام عملية الانتقال كما فعل المشرع المصري.

ولم يرد في القانون اللبناني نص مقابل للمادة ٢/٨٢٦ مدني مصري ليبين حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع إذا كان هذا التصرف ناقلاً للملكية أو مرتباً لحق عيني أصلى آخر، كحق الانتفاع. ولذلك لا مناص من تطبيق قواعد العامة في الشيوع. وعلى ذلك فإن هذا التصرف يعتبر تصرفاً في ملك الغير فيما زاد عن حصة الشريك المتصرف، وبالتالي يستطيع المشتري أن يطلب إبطال التصرف على أساس بيع ملك الغير طبقاً للمادة ٣٨٥ موجبات وعقود. وذلك دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة، وسواء كان يعلم وقت التصرف بقيام الشيوع أو كان يجهله.

لكن هذا التصرف يستقر نهائياً ويمتنع على المشتري طلب الإبطال إذا أقر الشركاء الآخرون تصرف شريكهم، أو إذا آلت إلى الشريك الملكية الخالصة للجزء الذي تصرف فيه بأي سبب كان (م ١/٣٨٥ موجبات وعقود).

أما إذا أجريت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصب الشريك المتصرف صار التصرف صحيحاً واستقر الأمر للمتصرف إليه. أما إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، وإنما وقع في نصبه جزء آخر، أو اختص بأعيان أخرى فإنه لا ينتقل حق المتصرف إليه من وقت

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٥.

التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف أو إلى الأعيان التي اختص بها بطريق القسمة حيث لا يوجد نص يقابل نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدني مصري[١]. وإنما يعتبر هذا التصرف تصرفاً في ملك الغير. فإذا كان هذا التصرف بيعاً جاز للمشتري أن يطلب الإبطال على أساس أنه بيع لملك الغير طبقاً للمادة ٣٨٥ موجبات وعقود[٢].

أما بالنسبة لأثر التصرف في مواجهة باقي الشركاء فإن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم. وذلك لأن في هذا التصرف على هذا النحو اعتداء على حقوق باقي الشركاء على الشيء الشائع. ولذلك يجوز لهؤلاء الشركاء تأكيد حقوقهم على هذا الشيء الشائع بأن يرفعوا دعوى الاستحقاق[٣].

جـ التصرف في المال الشائع كله:

لم يعرض المشرع لحكم تصرف الشريك في المال الشائع كله، فالمادة ٨٢٦/ ٢ مدني مصري لم تواجه إلا حالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع. ولذلك اختلف الفقه حول حكم هذا التصرف.

تذهب غالبية الفقهاء ومعها القضاء إلى اعتبار تصرف الشريك في المال الشائع كله صحيحاً في حدود حصته، وقابل للإبطال على أساس صدوره من غير مالك بالنسبة لحصص باقي الشركاء. ويترتب على ذلك أنه إذا كان هذا التصرف بيعاً مثلاً أن يحق للمشتري أن يطلب الإبطال دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة[٤] هذا بالنسبة للعلاقة فيما بين الطرفين.

---

(١) انظر عكس ذلك توفيق فرج، فقرة ١١٣ ص ٢١٣.

(٢) انظر عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٤ ص ١٨٥.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٥ ص ١٨٦ وانظر حكم محكمة التمييز المدنية ٨ كانون الأول ١٩٦٧، قرار رقم ٨٤ مجموعة حاتم جـ ٧٩ ص ٣١.

(٤) أنور سلطان، البيع، فقرة ٤١٥ ص ٤١٣، شفيق شحاته، فقرة ١٤٣ ص ١٦٥، محمد علي عرفة، جـ ١، فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٥، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٣٥ ص ١٦٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٢٣ ص ١٧٧، ١٧٨، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٩ ص ١٧٩ وهو يفضل القول بأن التصرف في المال الشائع كله يعتبر =

أما بالنسبة لباقي الشركاء فإن هذا التصرف يكون غير نافذ في حقهم فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف. وبالتالي يكون لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكياتهم وعدم نفاذ التصرف فيما زاد على حصة الشريك دون انتظار القسمة.

ونحن نرى أن حكم هذا التصرف لا بد وأن يتسق مع طبيعة حق الشريك المشتاع من ناحية، وحكم تصرفه في جزء مفرز من المال الشائع المنصوص عليه في المادة ٢/٨٢٦ مدني من ناحية أخرى. وعلى ذلك فإن تصرف الشريك في المال الشائع كله لا يعتبر تصرفاً في ملك الغير، حيث أن حقه يرد على الشيء كله، ولذلك فإن هذا التصرف يعتبر تصرفاً صادراً من مالك. ولكن حقه في الملكية وفي التصرف مقيد بما لباقي الشركاء من حقوق مماثلة على ذات الشيء. مقتضى كل ذلك أن هذا التصرف يكون صحيحاً نافذاً فيما بين المتعاقدين، وغير نافذ في حق باقي الشركاء.

يترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتصرف إليه طلب إبطاله إلا إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة. كما أن لباقي الشركاء الحق في رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في الشيء المتصرف فيه، حيث أن هذا التصرف غير نافذ في حقهم فيما يوازي حصصهم. ويكون لهم أيضاً إقرار مثل هذا التصرف بما يجعله نافذاً في حق الجميع[1].

= تصرفاً من الشريك فيما لا يملك، السنهوري، الوسيط جـ ٤ في البيع فقرة ١٦٩ ص ٣٠٣، جـ ٨ فقرة ٥٣٣، ٥٣٤، ص ٨٧٨، ٨٧٩ وهو يفرق بين ما إذا كان المشتري يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع وبين علمه بأن البائع شريكاً في المال الشائع.

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٧٨ ص ١٧٤، ١٧٥، شمس الدين الوكيل، التأمينات، فقرة ٤٣، ٤٥ ص ١١٠ وما بعدها، حسن كيرة، فقرة ٨٧ ص ١٧٣، ١٧٤.

المبحث الثاني: انقضاء الشيوع بالقسمة

تمهيـــــد

أسباب انقضاء الشيوع ـ وحق طلب القسمة

إذا كان الشيوع ينشأ عن كل سبب منشىء للملكية، إذا اتصل بعدة أشخاص في نفس الوقت، سواء كان واقعة قانونية كالميراث أو التقادم، أو عمل قانوني كعقد أو وصية، فإنه ينقضي أيضاً بجميع الأسباب التي يترتب عليها إنهاء هذا التعدد، سواء كان ذلك بناء على واقعة قانونية أو عمل قانوني.

فينقضي الشيوع إذا آل الشيء الشائع كله إلى أحد الشركاء بطريق الميراث بعد وفاة الشركاء الآخرين، أو إذا انفرد أحد الشركاء بحيازة الشيء كله بنية الاستئثار بملكه، بشرط توافر جميع شروط الحيازة وخاصة خلوها من اللبس.

كما ينقضي الشيوع إذا تلقى أحد الشركاء أنصبة شركائه جميعاً ببيع أو هبة أو بأي تصرف قانوني آخر، أو بتحويل الشيوع إلى شركة يكون حصة كل منهم في الشيوع حصة في رأس مال الشركة وذلك بقصد اقتسام الأرباح والخسائر، ففي هذه الحالة تصبح يد المالك يد واحدة وهي الشركة التي تصبح مالكة ملكية مفرزة للشيء الذي كان مملوكاً على الشيوع. كما ينقضي الشيوع باتفاق الشركاء على بيع الشيء المملوك على الشيوع إلى شخص من الغير، فيكون المشتري مالكاً له ملكية مفرزة.

وتعتبر القسمة من أهم الأسباب التي ينقضي بها الشيوع. ولكنها ليست السبب الوحيد كما أسلفنا. . ولذلك فلا يكفي للدلالة على قيام حالة الشيوع مجرد نفي حصول القسمة للمال الشائع، إذ لا تلازم بين نفي القسمة وقيام الشيوع فقد ينقضي بسبب آخر.

والقسمة التي ينقضي بها الشيوع هي القسمة التي بمقتضاها يختص كل

شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال. وهذه هي القسمة النهائية. فالقسمة النهائية هي القسمة التي ترد على الملكية، وبها ينتهي الشيوع. وهي بهذا المعنى تختلف عن قسمة المهايأة التي تهدف فقط إلى تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بين الشركاء أثناء قيام الشيوع.

ـ الحق في طلب القسمة:

تنص المادة ٨٣٤ مدني مصري على أن «لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق. ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه».

وتنص المادة ٨٤٠ موجبات وعقود لبناني (المعدل له بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤) على أنه «لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع، فلكل شريك أن يطلب القسمة..».

وتنص المادة ١/٨٤١ موجبات وعقود (المعدلة بنفس القانون السابق) على أنه «يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة معينة أقصاها خمس سنوات، ولاعبرة لأية زيادة على هذا الحد».

يتضح من ذلك أن الأصل هو حق كل شريك في طلب القسمة حتى يخرج من حالة الشيوع. ويرجع ذلك إلى عدم ترحيب المشرع بالشيوع، إذ أنه يثير بطبيعته المنازعات بين الشركاء في الكثير من الأحيان نظراً لتداخل وتشابك حقوقهم على الشيء الواحد. ومهما بلغ تنظيم الشيوع من دقة فإنه مع ذلك يستحيل وضع حد لهذه المنازعات، وأقصى ما يمكن الوصول إليه من هذا التنظيم هو منع تعطيل الانتفاع بالشيء الشائع رغم قيام هذه المنازعات، علاوة على ذلك فإنه من الناحية الاقتصادية لا تسمح حالة الشيوع بالاستغلال الأمثل للشيء الشائع لتضارب لمصالح بين الشركاء. من أجل ذلك قرر المشرع إعطاء لكل شريك الحق في طلب القسمة لفض هذا

الشيوع. وهذا الحق لا يسقط بالتقادم، فيستطيع الشريك أن يطلب القسمة في أي وقت ما دامت حالة الشيوع قائمة. وهذا ما نصت عليه المادة ٨٤٣ موجبات وعقود لبناني بقولها أنه «لا يسري حكم مرور الزمن على دعوى طلب القسمة».

والحق في طلب القسمة قد يقيد منه أن يكون الشريك مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون، أو بموجب اتفاق.

فقد يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٨٥٠ مدني مصري من أنه «ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع» وسوف نعود لدراسة هذا في صور الشيوع الإجباري.

وكذلك تنص المادة ٨٤٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «لا يجوز طلب القسمة إذا كان موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له».

وقد يخول القانون القاضي سلطة إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع فترة معينة (مثال ذلك نص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال)[1].

ويجوز البقاء في الشيوع بمقتضى إتفاق بين الشركاء. هذا الاتفاق يجب أن يكون لمدة لا تزيد عن خمس سنوات. إذا تم الاتفاق على هذا النحو امتنع على من إرتضى هذا الاتفاق بأن يطالب بالقسمة خلال المدة المتفق عليها.

هذا الاتفاق يسري على الشريك وخلفه، سواء كان خلفاً عاماً، أو خلفاً خاصاً. وبالنسبة للخلف الخاص فإنه يتقيد باتفاق سلفه ولو لم يكن عالماً

---

(١) وتنص هذه المادة على أنه «إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب النيابة العامة، أن توقف القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً».

به، وذلك على خلاف ما تقضي به القاعدة العامة المقررة في المادة ١٤٦ مدني مصري[١].

وقد عنى المشرع بالنص على أنه لا يجوز أن تزيد المدة التي يحددها الاتفاق للبقاء في الشيوع على خمس سنوات وذلك لعدم تشجيعه على استمرار الشيوع. فإذا زادت هذه المدة عن ذلك وجب إنقاصها إلى خمس سنوات، ما لم يتبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة خمس سنوات فقط، حينئذ يبطل الاتفاق كله (م ١٤٣ مدني مصري). لكن هذا لا يحول دون تجديد الاتفاق، بعد انقضاء المدة المتفق عليها، أو حتى قبل انقضائها، بأن يتفق الشركاء في الالتزام بالبقاء في الشيوع مدة أخرى تبدأ من وقت الاتفاق الجديد.

إذا تم الاتفاق بين بعض الشركاء دون البعض الآخر على البقاء في الشيوع، فإن هذا الاتفاق يكون صحيحاً ملزماً لمن وافق عليه. وعلى ذلك لا يجوز لأطراف هذا الاتفاق طلب القسمة خلال المدة المتفق عليها. بينما يجوز للشركاء الآخرين طلب القسمة في أي وقت.

وبالرغم من أن المشرع لم يجز الخروج على الأصل العام، الحق في طلب القسمة، إلا بمقتضى نص أو اتفاق، فإنه إذا اشترط في الوصية بالمال الشائع إلى عدة أشخاص عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة، فيعتبر الشرط صحيحاً متى كان مبنياً على باعث مشروع، ومدة لا يتجاوز خمس سنوات، وذلك لأن المشرع يقضي بصحة شرط المنع من التصرف إذا ورد في الوصية، فكذلك من باب أولى الشرط الذي يقتصر على مجرد منع طلب القسمة[٢].

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ هامش ٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٨٨ هامش ١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٣ ص ٢٠٢ عكس ذلك حسن كيرة، فقرة ١٠٤ ص ١٩٩.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٨٨ ص ٢٠٥، ٢٠٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٣ ص ٢٠٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٨٩. ويذهب بعض الفقهاء إلى =

ومما تجدر ملاحظته أن وجود اتفاق بين الشركاء على قسمة المهايأة لا يمنع الشريك من طلب القسمة. فقسمة المهايأة لا يقصد بها سوى تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع أثناء قيام الشيوع فيكون ملزماً فقط ما بقيت حالة الشيوع قائمة ولكنه لا يدل بذاته على الالتزام بالبقاء في الشيوع خلال مدة قسمة المهايأة(١).

ـ خطة الدراسة:

وسنعرض في هذا المبحث لطريقة القسمة في مطلب أول، ثم ندرس بعد ذلك آثار القسمة، في مطلب ثان.

المطلب الأول: طريقة القسمة

ـ القسمة الإرادية والقسمة القضائية:

الأصل أن القسمة تتم بالاتفاق بين جميع الشركاء. وبهذا الاتفاق ينقضي الشيوع ويختص كل شريك بحصة مفرزة، وتكون القسمة حينئذ قسمة اتفاقية. وإلى جانب ذلك قد يوصى المورث بالقسمة. وإذا تعذر الاتفاق بين الشركاء على القسمة ولم توجد وصية بالقسمة فلا مناص عندئذ من الالتجاء إلى القضاء ليتولى بنفسه إجراء القسمة، وتكون القسمة حينئذ قسمة قضائية.

أولاً: القسمة الإرادية

وهنا سنعرض للقسمة الاتفاقية، التي يتم باتفاق جميع الشركاء، ثم نتعرف بعد ذلك على الوصية بالقسمة.

= بطلان مثل هذا الشرط، محمد على عرفه، فقرة ٣١٩، ص ٤٢٦؛ عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٥٦ ص ١٨٠، حسن كيرة، فقرة ١٠٤ ص ٢٠٠.

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٨٨ ص ٢٠٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٣ ص ٢٠٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٥ ص ١٨٩، عكس ذلك محمد على عرفة، جـ ١ فقرة ٣٣٨ ص ٤٥٥.

أ ـ القسمة الاتفاقية:

١ ـ شروطها وإجراءاتها:

تنص المادة ٨٣٥ مدني مصري على أن «للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون».

وفيما يتعلق بالإجراءات التي يفرضها القانون لحماية ناقص الأهلية ومن في حكمه نصت المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال بأن «على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك. فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية». كما نصت المادة ٨٩ من القانون نفسه على أنه «يسري في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسري في شأن قسمة مال القاصر من أحكام». أما بالنسبة للولي الشرعي، سواء كان هو الأب أو الجد، فليس هناك ما يقيد من سلطته في الاتفاق على قسمة أموال القاصر الشائعة.

ويتضح من ذلك أن المشرع قد وضع إجراءات معينة لحماية ناقص الأهلية ومن في حكمه. وعلى ذلك فإن مجرد وجود أحد الشركاء غير كامل الأهلية أو غائب لا يحول دون إجراء القسمة الاتفاقية، ولا يتحتم في هذه الحالة الالتجاء إلى القسمة القضائية[١] إلا إذا رفضت المحكمة الإذن للوصي

(١) انظر مع ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٦ ص ١٠٥ حيث أنها توجب اتباع إجراءات القسمة القضائية في هذه الحالة. وما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد لا يتفق مع حقيقة الوضع في القانون المصري طبقاً لما ورد في قانون الولاية على المال. وبذلك يختلف القانون المصري عن القانون الفرنسي حيث يتطلب هذا الأخير القسمة القضائية في هذه الحالة (م ٨٣٨ مدني فرنسي) انظر إسماعيل غانم، فقرة ٨٩ هامش ١ ص ٢٠٨، ٢٠٩.

أو القيم أو وكيل الغائب بالاشتراك في القسمة الاتفاقية. ومما تجدر ملاحظته أن بسط المحكمة لرقابتها على القسمة الاتفاقية لحماية ناقص الأهلية ومن في حكمه لا يؤثر على القسمة الاتفاقية بالنسبة لباقي الشركاء كاملي الأهلية. فإذا رفضت المحكمة التصديق عليها عند عرضها عليها للتثبت من عدالتها طبقاً للمادتين ٤٠، ٨٩ من قانون الولاية على المال فلا أثر لذلك على القسمة الاتفاقية بين باقي الشركاء، وبالتالي لا يجوز لهم الاستناد إلى ذلك للتحلل من القسمة.

وتشترط المادة ٨٣٥ مدني مصري لاتمام القسمة الاتفاقية التي تنهي الشيوع إجماع الشركاء، وبالتالي لا تكفي الأغلبية مهما بلغت لفض الشيوع اتفاقاً. لكن إذا تم الاتفاق على القسمة بين بعض الشركاء دون البعض، فهو اتفاق صحيح فيما بين أطرافه. ويترتب على ذلك أن من اشترك في إبرامه من الشركاء لا يجوز له أن يتحلل من التزامه به بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك في العقد. وبذلك يظل العقد قائماً بينهم، وإن كان لا يترتب عليه إنهاء الشيوع لأنه غير نافذ في حق من لم يشترك فيه من الشركاء. ويكون للشريك الذي لم يكن طرفاً فيه عند إبرامه أن يقره متى شاء، فإذا أقره جميع من لم يشتركوا فيه ابتداء أصبحت القسمة نافذة في حق الجميع ويترتب عليها إنهاء حالة الشيوع[1].

٢ ـ نقض القسمة الاتفاقية بسبب الغبن:

تخضع القسمة الاتفاقية، باعتبارها عقداً، للقواعد العامة في نظرية العقد سواء من حيث انعقادها أو صحتها. فيمكن طلب بطلان القسمة الاتفاقية، إذا وقعت بين الورثة قبل موت المورث، ويمكن إبطالها لنقض أهلية أحد الشركاء ولم تراع الإجراءات التي نص عليها قانون الولاية على المال. كما يجوز طلب إبطال القسمة لعيب من عيوب الإرادة. كالغلط أو

(١) لكن إذا لم يعينوا في هذا الاتفاق أنصبة الشركاء الآخرين، سواء عن عمد أو غلط، فإن القسمة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً إسماعيل غانم، فقرة ٨٩ ص ٢١٠.

التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

علاوة على ما تقدم قد أفرد المشرع أحكام خاصة بالغبن بصدد القسمة الاتفاقية وذلك لأهميته في القسمة. فقد نصت المادة ٨٤٥ مدني مصري على أنه «١ ـ يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة» «٢ ـ ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعي عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقداً أو عَيناً ما نقص من حصته»[١].

ويتحدد نطاق هذا الحكم بالقسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية. كما أنه يقتصر على القسمة النهائية دون قسمة المهايأة. ويجوز نقض القسمة للغبن أياً كانت الأموال المقسومة، عقار أو منقولاً، وسواء كان المتقاسم المغبون قاصراً أو رشيداً[٢]. والحكمة من تقرير هذا الحكم هي أن المساواة روح القسمة الاتفاقية. لذلك عنى المشرع بأن يكفل المساواة بين المتقاسمين عن طريق تحقق التطابق بين أنصبة الشركاء في القسمة وحصصهم الشائعة. فالقسمة، وإن كانت من عقود المعاوضة، إلا أنها لا تقوم على أساس من المضاربة. ولذلك أجازت المادة ٨٤٠ مدني مصري نقض عقد القسمة إذا أصاب أحد المتقاسمين غبن يزيد على خمس ما يستحقه ولو لم يكن هناك استغلال لطيش أو هوى. وإذا كان المشرع قد خرج على مبدأ المساواة المطلقة وتتطلب أن يكون الغبن زائداً على الخمس لكي يفتح الباب لنقض القسمة، فإن ذلك يرجع إلى اعتبار أولى بالرعاية وهو استقرار التعامل، إذ لو

---

(١) وقد نظم المشرع الفرنسي نقض القسمة في المواد ٨٨٧ ـ ٨٩١، ومقدار الغبن الذي يسمح بنقض القسمة هو ما يزيد عن الربع في قيمة نصب المتقاسم. مجرد إغفال مال من أموال التركة لا يسمح بدعوى نقض القسمة وإنما يلزم فقط اتفاق مكمل للقسمة.

(٢) وهذا بخلاف الحكم الخاص بالغبن في البيع، فلا يجوز بنص المادة ٤٢٥ مدني مصري للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل إلا إذا كان المبيع عقاراً وكان المغبون شخصاً غير كامل الأهلية.

فتح مـجـال الطعن في القسمة لمجرد وجود تفاوت في الأنصبة لما استقرت قسمة.

وقد ركن المشرع في تقدير الغبن إلى معيار مادي مجرد، وهو الغبن الذي يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم عند القسمة. وعلى ذلك إذا لم يبلغ الغبن هذا القدر فلا مطعن على القسمة، إذ قدر المشرع أنه من المألوف، مهما تحرى الشركاء الدقة، أن يوجد تفاوت مسموح به في قيمة الأنصبة، وذلك حتى يتحقق استقرار التعامل.. فالمصلحة تقتضي ألا تنقـض القسمة بعد تمامها لمجرد وجود تفاوت لا يعتد به في قيمة الأنصبة، نظراً لما تتطلبه القسمة عادة من نفقات ووقت وإجراءات معقدة، يتعين بدؤها من جديد إذا ما لزم إجراء قسمة جديدة.

وعند تقدير وجود الغبن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، حيث أن ذلك هو الوقت المعتبر في تحقيق المساواة بين الشركاء، وبالتالي لا عبرة بقيمة الشيء وقت نشوء حالة الشيوع أو وقت رفع الدعوى.

وفي إطار سياسة المشرع في تحقيق الاستقرار للقسمة وعدم تعرضها للنقض خلال مدة طويلة، أوجب أن ترفع دعوى النقض خلال السنة التالية للقسمة[1]. وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم. لا يرد عليها وقف ولا انقطاع.

ويجوز للمدعى عليه أن يتوقى نقض القسمة إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته. وهو بذلك يوقف سير الدعوى ويمنع القسمة من جديد مما يحقق الاستقرار للقسمة ويدرك هدفها وهو تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين. فلم يكتف المشرع بتكملة حصة المتقاسم المغبون إلى أربعة أخمـاس ما يستحق، كما فعل في بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية، وإنما استلزم أن يكمل له كل ما نقص من حصته.

---

(١) على عكس دعوى تكملة الثمن عند بيع عقار القاصر التي لا تسقط إلا إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع (م ٤٢٦ مدني مصري).

ويجوز للمتقاسم المغبون أن يتنازل صراحة عن حقه في التمسك بنقض القسمة فيستقر عقد القسمة بصفة نهائية. كما يجوز أن يكون هذا التنازل ضمنياً كما إذا نفذ المتقاسم المغبون عقد القسمة تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذي لحق به، كأن يدفع المعدل الذي التزم بدفعه أو يقبضه إذا كان هو الدائن به، أو تسلم المال المفرز الذي وقع في نصيبه راضياً ولو لم تنقض السنة التي يجب أن يرفع في خلالها دعوى نقض القسمة، أو تصرف في هذا المال المفرز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له والنزول عن هذه الدعوى. كما أنه يسقط حقه في التمسك بنقض القسمة بمضي سنة من وقت تمام القسمة، وبصرف عن النظر عن علمه بالغين أو عدم علم به. وفي القانون اللبناني جعل مدة دعوى الطعن أياً كان سببه سنة واحدة من وقت القسمة (م ٩٤٩ معوجبات وعقود) وذلك خلافاً للقواعد العامة.

وإذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن عادت حالة الشيوع التي كانت قد زالت بالقسمة قبل نقضها واعتبر المال المملوك شائعاً بينهم منذ بدأ الشيوع وكأنه لم ينقطع. ويجوز لأي شريك أن يطلب القسمة من جديد. ونقض القسمة له أثر رجعي. ويترتب على ذلك أن تسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفرزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير فيما عدا ما تعلق منها بأعمال الإدارة.

في القانون اللبناني، لم يرد نص مقابل للمادة ٨٤٥ مدني مصري. وعلى ذلك يكون الطعن في القسمة الاتفاقية وفقاً للقواعد العامة، أي يجب توافر شروط الاستغلال، بأن يكون الاختلال المادي غير المألوف في القسمة ناشيء عن استغلال ضيق أو طيش أو عدم خبرة المتقاسم المغبون (م ٢١٤ موجبات وعقود).

٣ ـ القسمة الفعلية:

قد لا تتجه إرادة الشركاء في الشيوع صراحة إلى إجراء القسمة، وإنما

يمكن أن تستفاد ضمناً من الظروف. ومن أبرز التطبيقات، في القضاء، أن يتصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم يتابعه في ذلك سائر الشركاء فيتصرف كل منهم في جزء مفرز آخر يعادل حصته «فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع (الشركاء) على السواء»[1] وبالتالي ينفض الشيوع بينهم ولا يجوز لأي منهم بعد ذلك أن يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعاً في المال كله.

وتخضع القسمة الفعلية للقواعد التي تسري على القسمة الاتفاقية من حيث وجوب تسجيلها للاحتجاج بها على الغير. كما أنه يجوز نقضها بسبب الغبن طبقاً للمادة ٨٤٥ مدني مصري. مع مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه القسمة. فمثلاً عند تقدير وجود الغبن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت إبرام التصرف الأخير، إذ هو التصرف الذي تمت به القسمة[2].

ـ تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية بقوة القانون:

قسمة المهايأة ليست إلا طريقاً لتنظيم الانتفاع بالشيء الشائع أثناء قيام الشيوع وهي تتم باتفاق جميع الشركاء. ولذلك فهي لا تنهي الشيوع لأنها لا ترد على الملكية. ولا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين. ولكن يجوز، بعد انقضاء المدة أو قبل انقضائها، الاتفاق على تجديدها. وإذا لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن شريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد (م ٨٤٦/ ١ مدني مصري).

فإذا كانت المهايأة مكانية فقد تتحول بقوة القانون إلى قسمة نهائية إذا دامت مدة طويلة. وفي هذا تنص المالة ٨٤٦/ ٢ مدني مصري على أنه «إذا دامت

(١) نقض مدني ٢١/ ١٢/ ١٩٤٤، مجموعة عمر، جـ ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣، نقض ٢٥/ ٢/ ١٩٧٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ٤٧٨ رقم ١١.
(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٩١ ص ٢١٥.

هذه القسمة خمس عشرة سنة. انقلبت نهائية. ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال مدة خمس عشرة سنة، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة».

والحكمة من هذه القاعدة أن «المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهائها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلاً بالتجربة واطمأنوا إلى نتائجها فإذا كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدماً على أن قسمة المهايأة. لا تنقلب قسمة نهائية»[1] ويعتبر تاريخ القسمة النهائية وقت انتهاء مدة خمس عشرة سنة.

وقد وضع المشرع، في الشق الأخير من نص المادة ٢/٨٤٦، قرينة على أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تستند إلى قسمة مهايأة، وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، أي إثبات عدم وجود قسمة مهايأة بين الشركاء. فإذا لم يثبت العكس فإن قسمة المهايأة تنقلب بمجرد تمام خمس العشرة سنة إلى قسمة نهائية طبقاً للحكم الوارد في صدر الفقرة الثانية.

والقسمة النهائية التي تمت طبقاً لهذا النص ليست قسمة اتفاقية، بالرغم من أنها قائمة على افتراض وجود اتفاق على قسمة مهايأة. وذلك لأن تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية يتم بقوة القانون بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه إرادة الشركاء إلى ذلك. ولهذا فيكون تأسيس هذه القاعدة على اتجاه الإرادة افتراض مخالف للحقيقة[2].

ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية أنه لا يجوز نقضها للغبن إذ أن المادة ٨٤٥ تقصر دعوى النقض بسبب الغبن على القسمة الحاصلة بالتراضي. وإذا كان بين الشركاء شخص لم تتوافر فيه الأهلية أو كان بينهم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ١٣٩.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٩٢ ص ٢١٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٩ ص ١٩٩.

غائب فإن هذا لا يمنع تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية[١]. وإذا كان المنطق يقتضي القول بأنه لا حاجة لتسجيلها إذا كان الشيء عقاراً حيث أنها تتحق بقوة القانون[٢]، إلا أن الاعتبارات العملية جعلت القضاء يتجه إلى ضرورة تسجيلها، ليس باعتبارها قسمة اتفاقية، وإنما إعمالاً للنص الصريح العام على «تسجيل القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة» (م ١٠ من قانون الشهر العقاري)[٣].

ب ـ الوصية بالقسمة:

قبل صدور القانون المدني قد أجاز قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في مادته ١٣ للشخص أن يوصي بقسمة أمواله بعد وفاته بين ورثته قسمة ملزمة لهم. وقد استند المشرع في ذلك إلى مذهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة[٤].

والحكمة من إقرار الوصية بالقسمة هي أنها خير وسيلة للمورث ليجنب ورثته بعد وفاته الشقاق والنزاع والالتجاء إلى القضاء الذي يحدث عادة بين الورثة عند اقتسام التركة مما يؤدي بعواطف المودة التي يحرص على إبقائها بين أفراد أسرته. كما أن المورث هو أكثر الأشخاص دراية بعناصر تركته وأهميتها النسبية، وهو العليم كذلك بميول كل وارث من ورثته واستعداده وخبرته مما يجعله الأقدر على توزيع تركته بينهم بما يحقق مصالحهم.

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ٩٢ ص ٢١٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٩ ص ١٩٩ عبد المنعم فرح الصدة، فقرة ١٦١ ص ٢٥١ انظر عكس ذلك محمد علي عرفة، جـ ١ فقرة ٣٣٩، محمد كامل مرسي، جـ ٢ فقرة ١٤٤، السنهوري، جـ ٨ فقرة ٤٩٢ ص ٨١٩ هامش ٢.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ٩٢ ص ٢١٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٩، ص ١٩٩،.

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/٢٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٤، السنهوري، جـ ٨، فقرة ٤٩٢ ص ١٩.، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٦١ ص ٢٥١.

(٤) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ١٩٥٠ فقرة ١١٣ ص ١٣٩.

والقسمة في هذه الحالة تتم بإرادة منفردة، هي إرادة المورث، مضافة إلى ما بعد الوفاة. ولذلك فهي ليست قسمة اتفاقية أو قسمة قضائية. كما أن القواعد التي تخضع لها الوصية بالقسمة سواء من حيث شروطها أو آثارها تعتبر مزيجاً من أحكام الوصية وأحكام القسمة معاً. ولذلك يجب أن نقف على شروط الوصية بالقسمة ونظامها وآثارها.

١ ـ شروط الوصية بالقسمة:

يجب أن تتوافر في المورث أهلية الإيصاء حتى تكون هذه الوصية صحيحة. أما بالنسبة للورثة الذين شملتهم القسمة فلا تشترط فيهم أهلية ما، سواء وقت الوصية أو وقت الوفاة، حيث أن إرادتهم لا تدخل في إبرام القسمة، وإنما تتم بإرادة المورث وحده.

ـ من حيث الإثبات تنطبق على الوصية بالقسمة القواعد العامة في الوصية، فلا تسمع الدعوى المبنية على وصية بالقسمة عند الإنكار إلا إذا كانت الوصية ثابتة بورقة رسمية أو ورقة عرفية مصدقاً على توقيع المورث فيها، أو ورقة مكتوبة جميعها بخط المورث وعليها إمضاؤه (م ٢ من قانون الوصية).

٢ ـ نطاق القسمة بالوصية:

ونعرض لهذا النطاق سواء من حيث الأموال أو من حيث الأشخاص.

(أ) من حيث الأموال:

لا يلزم أن تشمل الوصية بالقسمة جميع أموال المورث. وإنما تكون الوصية صحيحة بالنسبة لما شملته من أموال، وتؤول الأموال التي لم تشملها القسمة إلى الورثة شائعة بينهم (م ٩١٠ مدني مصري)، ويستوي أن تكون هذه الأموال قد آلت إلى المورث بعد الوصية بالقسمة أو كانت ملكاً له وقت إبرام الوصية ولم يدخلها في القسمة.

ليس هناك ما يمنع أن تتضمن الوصية بالقسمة توزيعاً لديونه على ورثته بحيث يكون كل منهم مديناً بالدين الذي خصه به المورث. لكن هذا التوزيع

فيه مساس مباشر بحقوق الدائنين حيث أن لهم الحق في استيفاء ديونهم من أي مال من الأموال التي تركها مدينهم دون اعتداد بما يحدث من تقسيم لأمواله بين ورثته. ولذلك فإن الوصية بالقسمة على هذا النحو لا تنفذ في حق الدائنين إلا بموافقتهم (م ٩١٤ مني مصري). وإذا وافق الدائنين على هذا التوزيع أصبح كل منهم دائناً للوارث الذي خص به وحده. وعند عدم الموافقة وعدم الوصول إلى اتفاق بينهم وبين الورثة على إجراء تسوية الديون بطريقة أخرى، جاز لأي وارث أن يطلب إلى المحكمة إجراء توزيع ديون التركة وأموالها طبقاً للمادة ٨٩٥[1]. وعلى المحكمة أن تراعي في ذلك «بقدر الإمكان القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات التي بنيت عليها» (م ٩١٣ مدني مصري).

(ب) من حيث الأشخاص:

لا يلزم أن يدخل المورث في القسمة جميع ورثته، فيجوز أن يقتصر في القسمة على إفراز أنصبة بعض الورثة دون بعض (م ٩٠٨ مدني وم ١٣ من قانون الوصية). ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد في التركة عند وفاة المورث أموال أخرى خارجة عن القسمة تكفي للوفاء بأنصبة الورثة الذين لم يدخلوا فيها، فإن الوصية بالقسمة لا تنفذ في حقهم إلا بإجازتهم إذا كانت الزيادة في نصيب الداخلين في القسمة تزيد على ثلث التركة، على اعتبار أن هذه الزيادة تكون وصية تجاوزت النصاب الجائز الإيصاء فيه. وتنطبق نفس هذه القاعدة في حالة ما إذا كانت القسمة شاملة لجميع الورثة المحتملين

---

(١) وتنص المادة ٨٩٥ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث» «٢ ـ وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة. . تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن استحال تحقيق ذلك، ولو إضافة ضمان تكميلي، يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها».

وقت الوصية ثم زاد عدد الورثة وقت الوفاة، إذ أن العبرة في تحديد الورثة بوقت الوفاة. وإذا حدث العكس ونقص عدد الورثة وقت الوفاة عما كانوا وقت الوصية بأن مات قبل وفاة المورث أحد الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة، فإن حصته المقررة في الوصية بالقسمة تؤول شائعة إلى باقي الورثة طبقاً لقواعد الميراث (م ٩١١ مدني). لكن إذا كان من مات من الورثة المحتملين الذين دخلوا في الوصية بالقسمة ولداً للمورث، وكان له أبناء تجب لهم وصية واجبة، فإن نصيب الولد المتوفى لا يؤول إلى باقي الورثة بل تطبق في هذه الحالة أحكام الوصية الواجبة.

٣ ـ آثار الوصية بالقسمة:

وفي هذا الصدد يجب التمييز بين مرحلتين، مرحلة ما قبل الوفاة، ومرحلة ما بعد الوفاة.

(أ) مرحلة ما قبل الوفاة:

تسري على الوصية بالقسمة أحكام الوصية. فلا تكون القسمة لازمة في حياة المورث، كما يكون له الرجوع فيها حال حياته وإلى وفاته. ويمكن أن يستفاد رجوع المورث في الوصية إذا تصرف في الأموال التي شملتها الوصية بالقسمة. وإذا كان تصرف المورث في بعض الأموال التي شملتها الوصية بالقسمة فإن ذلك يعد رجوعاً في الوصية بالنسبة لهذه الأموال، ولكن ذلك لا يفيد حتماً قصد الرجوع في الوصية بأكملها.

(ب) مرحلة ما بعد الوفاة:

ويظهر وجه الخصوصية في هذه المرحلة، حيث أن الوصية بالقسمة تصبح ملزمة للورثة (م ٩٠٩ مدني وم ١٣ من قانون الوصية) على خلاف الوصية العادية التي ترتد بالرد. فالوصية بالقسمة تكون ملزمة للورثة بوفاة المورث مصراً عليها. ويرجع السبب في ذلك إلى أن انتقال أموال التركة إلى الورثة في هذه الحالة لا يتم بالوصية وإنما بالميراث، والقاعدة أنه لا حاجة إلى قبول في الميراث، كما أنه لا يرد عليه الرد. وينحصر أثر الوصية في هذه

الحالة في مجرد تقسيم أعيان التركة بين الورثة دون توقف على قبولهم، لأنه لو اشترط رضاؤهم بهذا التقسيم لانعدمت كل قيمة للوصية بالقسمة وانتفت علة وجودها. ولكن كل ذلك مشروط بأن تكون الوصية بالقسمة قد اقتصرت على مجرد تقسيم أموال التركة بين الورثة طبقاً لأنصبتهم الشرعية.

أما إذا لم تقتصر الوصية بالقسمة على ذلك وإنما زادت في نصيب أحدهم، فإن هذه الزيادة تكون وصية عادية (م ١٣ من قانون الوصية وم ٩٠٩ مدني مصري) ويكون للموصى له بالقدر الزائد أن يرده. من ناحية أخرى إذا زاد هذا القدر عن ثلث التركة فلا تكون الوصية في حدود هذه الزيادة نافذة في حقه باقي الورثة إلا بإجازتهم.

وتسري على الوصية بالقسمة أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن (م ٩١٢ مدني مصري) وعلى ذلك فإن العلاقة التي تنشئها الوصية بالقسمة بين الورثة الداخلين فيها هي علاقة متقاسمين. فيضمن الورثة بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على وفاة المورث طبقاً لأحكام المادة ٨٤٤ مدني. ويكون للورثة حق امتياز المتقاسمين على الأموال التي شملتها القسمة تأميناً لما قد ينشأ عن القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، طبقاً لأحكام المادتين ١١٤٦، ١١٤٩ مدني.

لكن تطبيق أحكام القسمة على الوصية بالقسمة يكون بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعتها. ولذلك فإنه لا محل لتطبيق المادة ٨٣٤ الخاصة بالأثر الرجعي على قسمة المورث، فالأموال التي شملتها الوصية بالقسمة لا تنتقل إلى الورثة شائعة ثم تتم قسمتها بعد ذلك، وإنما هي تنتقل إليهم مفرزاً نصيب كل منهم فيها من بادىء الأمر، فيكون كل منهم قد تملك - حقيقة - الحصة التي آلت إليه من وقت وفاة المورث ولم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص، وذلك بغير رجعية ما، فيكون نص المادة ٨٣٤ غير ذي موضوع[1].

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٠٣ ص ٢٤١.

كما أن أحكام الغبن لا تنطبق على الوصية بالقسمة لانتفاء العلة من تطبيقها. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٩١٢ مدني. فطبقاً لأحكام الوصية يجوز للمورث أن يوصي بثلث تركته لمن يشاء، فإذا كان هناك زيادة في أنصبة بعض الورثة في حدود هذا النصاب فإن ذلك يكون بمثابة وصية وتنفذ في حق باقي الورثة، وبالتالي لا يكون للورثة في هذه الحالة حق الاعتراض ولو كان النقض في أنصبتهم يجاوز خمس هذه الأنصبة.

ثانياً: القسمة القضائية

إذا لم يكن هناك وصية بالقسمة، وإذا لم يكن الشركاء ملزمين بالبقاء في حالة الشيوع بنص أو بحكم أو بمقتضى اتفاق أو شرط صحيح في وصية، ولم يتفقوا على القسمة أو كان بينهم غير كامل الأهلية ولم تأذن المحكمة بالقسمة الاتفاقية، كان لكل شريك يريد الخروج من حالة الشيوع أن يتبع إجراءات القسمة القضائية وتبدأ إجراءات القسمة القضائية برفع دعوى القسمة، ولذلك يجب أن نقف على الخصوم في هذه الدعوى، ثم الاختصاص القضائي بدعوى القسمة، وأخيراً نعرض لطرق إجراء القسمة.

أ ـ دعوى القسمة:

تنص المادة ١/٨٣٦ مدني مصري على أنه «إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الخصوم أمام المحكمة الجزئية». كما تنص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال على أن «للمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية».

وفي القانون اللبناني تنص المادة ١/٩٤٢ موجبات وعقود على أنه «إذا اختلف الشركاء على القسمة أو كان بينهم غير ذي أهلية أو غائب غيبة متقطعة ولم يصادق القاضي على القسمة الرضائية كان لكل من الشركاء أن يقيم الدعوى أمام المحكمة بوجه جميع الشركاء..».

وتنص المادة ٣/٨٦ أصول محاكمات مدنية على اختصاص القاضي المنفرد بطلبات تحديد الأنصبة الإرثية.

على ضوء ذلك نعرض للخصوم في دعوى القسمة، ثم بعد ذلك نحدد الاختصاص القضائي بدعوى القسمة.

(١) الخصوم في دعوى القسمة:

تبدأ إجراءات القسمة القضائية بأن يرفع الشريك الذي يريد الخروج من الشيوع دعوى القسمة على باقي الشركاء بتكليف الحضور أمام المحكمة المختصة.

فالمدعي في دعوى القسمة هو من يريد من الشركاء الخروج من الشيوع، سواء كان واحداً أو أكثر. كما يجوز لدائن الشريك أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه إذا توافرت شروط الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥ مدني مصري).

والمدعى عليه هم باقي الشركاء، فإذا لم يعلن أحد الشركاء، كان له أن يتدخل فيها، كما يصح إدخاله بناء على طلب المدعي أو أحد المدعى عليهم، كما يصح أن تأمر المحكمة بإدخاله من تلقاء نفسها. فإذا لم يعلن أحد الشركاء ولم يتدخل أو يطلب إدخاله، فإنه يترتب على ذلك أن حكم القسمة الصادر منها في الدعوى لا يكون حجة عليه.

(٢) الاختصاص القضائي:

جعل المشرع الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية، وذلك أياً كانت قيمة الأموال المطلوب قسمتها، أي حتى ولو تجاوزت هذه القيمة النصاب العادي للمحكمة الجزائية.

هذا الاختصاص النوعي قاصر على المسائل المتعلقة بالقسمة، كفرز نصيب كل شريك في المال الشائع، وبما يقتضيه ذلك من بيع المال في المزاد إن تعذرت قسمته عيناً. فالمحكمة الجزائية مختصة بكافة المنازعات التي

تتعلق بتكوين الحصص (م ٨٣٥/ ١ مدني مصري) وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون في المادتين ٨٣٦ و٨٣٧ مدني مصري، وتكون مختصة بتقدير ما إذا كانت القسمة العينية متعذرة فإذا رأت ذلك تولت بيع العقار في المزاد وقسمة ثمنه بين الشركاء.

وعلى ذلك فإن ما يثور بين الخصوم من منازعات أثناء نظر دعوى القسمة حول ملكية كل منهم، كالمنازعة في مقدار الحصة الشائعة لأحد الخصوم أو المنازعة في أصل ملكية الشيء الشائع لا يعتبر من قبيل المنازعات المتعلقة بالقسمة وإجراءاتها. وبالتالي لا تختص بها المحكمة الجزئية إلا إذا كانت في حدود النصاب العادي للقاضي الجزئي، فإذا تجاوزت هذا النصاب، تعين على المحكمة الجزئية بعد التحقق من جدية المنازعة، أن تقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية، وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها. ويستمر وقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً في تلك المنازعات (م ٨٣٨/ ٢ مدني مصري).

ب ـ طرق إجراء القسمة القضائية:

الأصل أن تتم القسمة عيناً، بأن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال أو الأموال الشائعة، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تأمر ببيع المال الشائع في المزاد تمهيداً لتقسيم ثمنه بين الشركاء، إلا إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة عيناً، أو كان من شأن قسمته عيناً إحداث نقص كبير في قيمته (٨٤١ مدني مصري)، وهذه هي القسمة بطريق التصفية.

أثناء إجراءات القسمة النهائية، والتي قد يطول وقتها، قد يتفق الشركاء على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية. فإذا لم يتفق الشركاء على ذلك فإنه يجوز للقاضي الجزئي، بناء على طلب أحد الشركاء، أن يأمر بقسمة المال مهايأة بينهم إلى أن تتم القسمة النهائية، وقد يستعين بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك (م ٨٤٩ مدني).

(١) القسمة العينية:

ويقصد بالقسمة العينية إعطاء كل شريك جزء مفرزاً من المال أو الأموال الشائعة. والأصل أن تتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة العينية، ولكن الغالب أن تندب المحكمة خبيراً أو أكثر ليتولى القيام بعملية القسمة، وذلك لما قد تستلزمه من عمليات حسابية وفنية ليس في مقدور المحكمة القيام بها. وفي ذلك قد نصت المادة ٨٣٦ مدني مصري بقولها «وتندب المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته» وتنص المادة ٢/٩٤٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «على المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة لتقويم المال الشائع وقسمته عيناً دون أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة فيه قبل القسمة مع مراعاة خصائص كل قسم وتأمين استقلاله بقدر الإمكان بحقوق الارتفاق».

وتتم القسمة بطريق القرعة، وهذا هو الأصل، فإن تعذر ذلك فتتم القسمة بطريق التجنيب.

فيما يتعلق بالقسمة بطريق القرعة يقسم المال الشائع حصصاً متساوية على أساس أصغر نصيب، وذلك حتى لو كانت القسمة جزئية تقتصر على إخراج بعض الشركاء من الشيوع مع بقاء البعض الآخر (م ١/٨٣٧ مدني مصري) فإذا كان الشركاء ثلاثة وأنصبتهم هي النصف والثلث والسدس قسم المال الشائع ستة أجزاء، وللشركاء أن ينازعوا في تكوين الحصص، فإذا انتهت المحكمة من الفصل في هذه المنازعات، تحدد ما يؤول إلى كل شريك بطريق القرعة، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه (م ٢/٨٣٩).

فإذا تعذر تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب فتتم القسمة بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جزء مفرز يعادل حصته. ولكل شريك أن ينازع في هذا التكوين، وبعد أن تفصل المحكمة في هذه المنازعات،

تصدر حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي جنب له (م ٨٣٩/ ١ مدني مصري) ويلاحظ أن لا يقصد بتعذر القسمة على أساس أصغر نصيب الاستحالة، بل يكفي أن يكون من شأن تقسيم المال الشائع أنصبة صغيرة أن يؤدي إلى الإنقاص من قيمته، أو أن يقتضي إجراءات معقدة لا تبررها المصلحة.

وتنص المادة ٩٤٢/ ٣ بند ٥ موجبات وعقود لبناني على أن «يجري اختيار الأنصبة ـ بطريق القرعة ما لم يكن لأحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المشترك فيعطي نصيبه من القسم الملاصق».

«وعلى القاضي أن يعين طريقة القرعة مراعياً مصلحة الشركاء فيما يستلزمه من جمع أنصبة كل منهم أو تفريقها». كما تتضمن المادة ٩٤٢/ ٣ مجموعة قواعد ذات طابع عملي لا يمنع من الأخذ بها في القانون المصري دون حاجة إلى نص.

المحصلة النهائية للقسمة القضائية، سواء تمت بطريق القرعة أو بطريق التجنيب، أن يحصل كل شريك على كامل نصيبه عيناً، وهذا هو الأصل.. على أنه إذا تعذر ذلك، واقتضى الأمر أن يحصل أحد الشركاء على أقل من نصيبه عيناً، وجب إكمال نصيبه بمبلغ نقدي، يطلق عليه المعدل (Soulte)، يلزم به من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكثر من نصيبه (م ٨٣٧/ ٢ مدني) ويقضي القانون اللبناني بأن يكون المعدل النقدي في حدود الخمس من قيمة النصيب م ٩٤٢/ ٣ بند ٤. ويلاحظ أن العبرة في تكوين الحصص في هذه الحالة، بقيمة الأموال الشائعة وقت إجراء القسمة، لا وقت بدء الشيوع ولا وقت رفع دعوى القسمة، حيث أن ذلك هو السبيل الوحيد لتحقيق مبدأ المساواة بين الشركاء في حصول كل منهم على ما يعادل حصته.

وإذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لا تتوافر فيه الأهلية، تطلب القانون في هذه الحالة تصديق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً، وذلك فيما عدا حالة الشريك القاصر الذي كان ممثلاً في دعوى القسمة بوليه الشرعي إذ أن سلطة الولي في

إجراء القسمة غير مقيدة بما تتقيد به سلطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب. ولا محل لهذا التصديق إذا كانت المحكمة الابتدائية قد أصدرت، بوصفها محكمة استئنافية، حكماً بتأييد حكم محكمة القسمة. وإذا رفضت المحكمة التصديق على حكم محكمة القسمة، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم (م ٨٤٠ مدني، م ٤٠ و٧٩ من قانون الولاية على المال) القانون اللبناني لم يتطلب مثل هذه الإجراءات في حالة القسمة القضائية.

(٢) القسمة بطريق التصفية:

تنص المادة ٨٤١ مدني مصري على أنه «إذا لم تمكن القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريق المبينة في قانون المرافعات. وتقتصر المزايدة على الشركات إذا طلبوا هذا بالإجماع».

وتنص المادة ٣/٩٤٢ بند ٦ موجبات وعقود لبناني على أنه «إذا استحالت القسمة عيناً ـ يصار إلى بيع المال بالمزاد العلني وفاقاً لأحكام قانون التنفيذ بواسطة دائرة الإجراء على أن يتخذ بدل التخمين أساساً للمزايدة الأولى. ويمكن حصر المزايدة بين الشركاء إذا أتفقوا على ذلك».

يتضح من ذلك أنه إذا تبين للمحكمة أن القسمة العينية غير ممكنة، كما لو كان منزلاً معداً لسكنى أسرة واحدة، أو سيارة، أو تبين لها أن من شأن هذه القسمة أن تحدث نقصاً كبيراً في قيمة المال الشائع، كما لو كان المال مصنعاً، أو قطعة أرض معدة للبناء لو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيراً إلى حد لا يسمح بالبناء فيه أو لا يسمح إلا ببناء مباني صغيرة، إذا تبين للمحكمة هذا فتأمر ببيع المال بالمزاد، وذلك بالطرق المبينة في قانون المرافعات. ولم يتضمن قانون المرافعات إجراءات خاصة لبيع المال الشائع لعدم إمكان قسمته إلا إذا كان المال عقاراً (م ٤٦٤ ـ ٤٦٨ مرافعات). أما إذا كان المال الشائع منقولاً فيتعين في بيعة لعدم إمكان قسمته إتباع الإجراءات الخاصة ببيع

المنقولات التي يوقع الحجز عليها لدى المدين، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات مع الغرض المقصود من البيع[1].

والأصل أنه يجوز لأي شخص أن يتقدم للمزايدة، سواء كان أحد الشركاء أو شخصاً من الغير. لكن المشرع أعطى الشركاء الحق في قصر المزاد عليهم وحدهم إذا طلبوا ذلك بالإجماع[2] (م ٨٤١ مدني مصري، ٣/٩٤٢ بند ٦ موجبات وعقود لبناني) فإذا طلب الشركاء ذلك أمرت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على أحدهم، ويكون رسو المزاد في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، فتترتب على حكم مرسى المزاد كافة آثار القسمة. وكذلك الحال عند عدم اتفاقهم ورسو المزاد على أحدهم. أما إذا رسا المزاد على أجنبي، كان هذا بيعاً فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد. أما في علاقة الشركاء فيما بينهم وبالنسبة لدائنيهم فإن رسو المزاد على الأجنبي ليس إلا إجراء تمهيدياً لقسمة الثمن المتحصل من المزاد، فترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن كافة آثار القسمة[3]. كما يجب تصديق المحكمة الابتدائية على هذا الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية كما أسلفنا القول.

ـ حماية دائني الشركاء:

لدائني الشركاء مصلحة واضحة في التدخل في إجراءات القسمة حتى

---

(١) اسماعيل غانم، فقرة ٩٧ ص ٢٢٥، محمد علي عرفه، جـ١ فقرة ٣٢٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٧ ص ١٩٣، عبد المنعم فرج الصرة، فقرة ١٣٨، ص ٢١٧، السنهوري جـ٨ فقرة ٥٥٧ ص ٩١٧ هامش ٤.

(٢) إذا كان بين الشركاء غير كامل الأهلية وكان ممثلاً في دعوى القسمة بوصي أو قيم أو كان بينهم غائب ويمثله وكيل بعض الفقهاء يرى ضرورة استئذان الوصي أو القيم أو الوكيل المحكمة المختصة بالولاية على مال الشريك بقبول الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء، بالرغم من عدم النص صراحة على ذلك، لأن هذا يتضمن اتفاقاً بشأن القسمة فضلاً على خطورته البينة اسماعيل غانم، فقرة ٩٧ ص ٢٢٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٧ ص ١٩٣.

(٣) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٧ ص ١٩٤ حيث يشكك في ذلك.

يحولوا دون تواطؤ الشركاء للإضرار بحقوقهم. وصور التواطؤ متعددة، كاتفاق شريك مدين مع باقي الشركاء على أن يختص بأموال لا يجوز الحجز عليها أو يسهل إخفاؤها كالنقود والسندات لحاملها، أو على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي ويكمل ما نقص من نصيبه بنقود تعطى له دون علم الدائنين. وكذلك إذا كان الشريك قد تصرف في جزء مفرز أو في حصة شائعة في المال الشائع، فيعمد الشركاء على إيقاع المال المتصرف فيه في نصيب شريك آخر بغية إسقاط حق المتصرف إليه أو نقله إلى مال آخر غير المال الذي ورد عليه التصرف.

وقد هيأ القانون لدائني الشركاء عدة وسائل تمكنهم من منع هذا التواطؤ قبل وقوعه، أو تفادي نتائجه إذا تمت القسمة منطوية على تواطؤ بقصد الإضرار بالدائن، على النحو الآتي:

(أولاً) للدائن وفقاً للقواعد العامة أن يتدخل في دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦/ ١ مرافعات بقولها أنه «يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم» (٣٦٢ أصول محاكمات مدنية لبناني) وبذلك يستطيع الدائن أن يراقب سير إجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته نتيجة لتراخي الشريك المدين في اقتضاء حقوقه أو نتيجة لتواطئه مع الشركاء الآخرين إضراراً بالدائن. كما له أن ينازع في تكوين الحصص أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التجنيب ما دام طريق القرعة ممكناً. وله إذا ما تمت القسمة بطريق التصفية أن يطلب قبول غير الشركاء في المزايدة معترضاً على ما يريده الشركاء من قصر المزايدة عليهم وحدهم.

(ثانياً) وللدائن أن يعارض في أن تتم القسمة في غيبته وهذا ما نصت عليه المادة ٨٤٢/ ١ مدني مصري بقولها «لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة إلى كل من الشركاء، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من

الدائنين في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم. ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة».

أما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش» وتنص المادة ١/٩٤٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «. . . لكل من الشركاء أن يقيم الدعوى أمام المحكمة بوجه جميع الشركاء وأصحاب الحقوق العينية المدرجة أسماؤهم في السجل العقاري أو في كشف المختار في العقارات غير المحررة أو المحددة» وتنص المادة ٩٤٣ موجبات وعقود على أنه «يحق لدائني الشركة أو لدائني أحد الشركاء المتقاسمين، المصاب بإعسار، أن يعارضوا في إجراء القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد العلني في غيابهم. ويمكنهم التدخل على نفقتهم، ويحق لهم أيضاً طلب إبطال القسمة إذا كانت قد أجريت بالرغم من اعتراضهم».

يتضح من ذلك أن المشرع أعطى للدائن حق المعارضة في أن تتم القسمة دون تدخله، ولم يفرض القانون شكلاً خاصاً للمعارضة، ولكن يجب أن نوجه إلى جميع الشركاء، فإذا تمت المعارضة التزم الشركاء أن يدخلوا من عارض في جميع الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه. وقد أعفى المشرع الدائنين المقيدة حقوقهم، قبل رفع دعوى القسمة، من توجيه المعارضة، إذ يجب على الشركاء في جميع الأموال إدخالهم في الإجراءات. وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ـ والمقصود بالدائنين «المقيدة حقوقهم» والدائنون الذين تقرر لهم رهن أو اختصاص أو امتياز على ما لمدينهم من حصة شائعة من العقار وتم قيد حقوقهم طبقاً للقانون قبل رفع دعوى القسمة. كما ينطبق هذا الحكم بطريق القياس على من اشترى من أحد الشركاء أثناء الشيوع جزء مفرزاً من العقار الشائع إذا كان قد استطاع أن يسجل البيع قبل رفع دعوى القسمة، باعتباره دائناً للشريك البائع[1].

(١) اسماعيل غانم، فقرة ١٠٠ ص ٢٣١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٩ ص ٢٢٠،=

والرأي السائد أن حكم هذه النصوص قاصر على القسمة القضائية، فلا يترتب على معارضة الدائن إلزام الشركاء بإدخاله في القسمة الاتفاقية، استناداً إلى عبارة النص فيما يتعلق بالدائنين المقيدة حقوقهم. فهو يتطلب أن يكون القيد «قبل رفع دعوى القسمة». كما أن المذكرة الإيضاحية التي ورد فيها أنه «إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، وكانت القسمة عقداً فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصية في الحالة الثانية»[1]. ويرى بعض الفقهاء[2] أنه ليس هناك مبرر معقول للتفرقة في هذا الخصوص بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية. بل لعل الحاجة إلى تخويل الدائنين حق الاعتراض أظهر في القسمة الاتفاقية إذ أن للدائنين حق التدخل في القسمة القضائية على أي الأحوال وبغير اعتراض سابق طبقاً للمادة ١٢٦/١ من قانون لمرافعات[3]. ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن عبارة النص تفترض أن القسمة قضائية تقتصر على واجب الشركاء في إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم من غير حاجة إلى معارضة، أما حق الدائنين عموماً في الاعتراض على أن تتم القسمة بغير تدخلهم فليس في عبارة المادة ما يبرر استبعاده في القسمة الاتفاقية[4]. ويرى البعض أن يحسن التوسع في تفسير النص مما يجعله شاملاً للقسمة القضائية والقسمة الاتفاقية[5].

= منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٨، ص ١٩٦.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢٠، محمد كامل مرسي، جـ٢ فقرة ١٢٣ ص ٢٣٣، محمد علي عرفه، جـ١ فقرة ٣٣٠ ص ٤٤٠، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٥٨ ص ١٩٠، حسن كيرة، فقرة ١٠٩ ص ٢٠٦، ٢٠٧.

(٢) اسماعيل غانم، فقرة ١٠٠ ص ٢٣٣.

(٣) والقانون الفرنسي يسوي في هذا الصدد بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية، وكذلك الحال في القانون المدني السوري (م ٧٩٦).

(٤) اسماعيل غانم، فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢، ٢٣٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ٧٨ ص ١٩٧.

(٥) السنهوري، الوسيط، جـ٨ فقرة ٥٦٣ ص ٩٣٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٣٩ =

(ثالثاً) وإذا لم يتدخل الدائن ولم يدخله الشركاء لأنهم غير ملزمون بإدخاله، فليس له أن يطعن في القسمة القضائية، إلا في حالة الغش (م ٨٤٢/ ٢ مدني مصري). أما القسمة الاتفاقية فللدائن أن يطعن فيها وفقاً للقواعد العامة بدعوى عدم نفاذ التصرفات أي الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها.

المطلب الثاني: آثار القسمة

ـ **القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية**: الغاية الأساسية من القسمة، سواء كانت اتفاقية أو قضائية، هي إنهاء حالة الشيوع وإفراز نصيب كل من الشركاء المتقاسمين في الأموال الشائعة. أما الوصية بالقسمة فإن الأنصباء تنتقل مفرزة إلى الورثة بالميراث ولذلك سيسري على الوصية بالقسمة من آثار القسمة ما يتفق وطبيعتها.

وكما أنه يترتب على القسمة، كفالة لتحقيق المساواة التامة بين الشركاء، ضمان لكل متقاسم قبل الآخر فيما قد يقع من تعرض أو استحقاق لنصبيه بسبب سابق على القسمة. وعلى ذلك سنعرض على التوالي للإفراز، ثم للضمان.

أولاً: الإفراز

ـ **تطور أثر القسمة ـ من الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف للقسمة**:

كان الفقهاء الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية حيث أنها تتضمن عملية مقايضة. وهذا التصوير كان مبنياً على أن لكل شريك أثناء الشيوع حصة في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع، فإذا ما تمت القسمة أصبح كل منهم مالكاً لجزء مفرز ملكية خالصة، دون أن يكون للآخرين أي حق في هذا

= ص ٢٢١ قد انضم إلى هذا الرأي.

النصيب. معنى ذلك أن مقايضة تمت في شأن الحصص الشائعة، حيث نزل كل شريك للآخرين عن حصته في أنصبائهم في مقابل تنازل هؤلاء عن حصصهم الشائعة فيما اختص به هذا الشريك. وعلى ذلك فإن المتقاسم لا يكون خلفاً مباشراً للسلف الأصلي، وهو من انتقلت منه الملكية الشائعة إلى الشركاء جميعاً كالمورث في الشيوع الوراثي، إلا في حدود حصته الشائعة في الجزء الذي اختص به بمقتضى القسمة، وسند ملكيته لهذا الجزء هو الميراث. أما بالنسبة إلى ما زاد على ذلك فقد كان مملوكاً لشركائه، ولم يتملكه إلا بمقتضى القسمة، وبذلك يكون خلفاً للمتقاسمين الآخرين، وفي هذه الحدود تكون القسمة ناقلة.

وقد ترتب على هذا التصوير لوظيفة القسمة نتيجته المنطقية، وهي أن الرهن، أو أي حق عيني آخر، الذي ينشئه أحد الشركاء أثناء قيام الشيوع على حصته يظل قائماً على كل العقار المرهون رغم وقوع القسمة، حتى لو قسم هذا العقار بين الشركاء أو اختص به شريك غير الراهن، إذا يؤول العقار إلى غير الراهن محملاً بالرهن بقدر الحصة التي كانت للشريك الراهن فيه، وذلك لأن الشريك الذي آل إليه الشيء بمقتضى القسمة يعتبر خلفاً للشريك الآخر بقدر حصته. ولما كان الرهن لا يقبل التجزئة، فإن المتقاسم لا يستطيع أن يخلص نصيبه إلا إذا أوفى بالدين كله.

كما ترتب على هذا التصوير أثر آخر من الناحية الضريبية، حيث أصبح كل متقاسم ملزماً بأن يدفع الرسوم المفروضة على نقل الملكية[1].

وإزاء هذه النتائج الضارة غير العادلة اتجه القضاء في عهد القانون الفرنسي القديم إلى إيجاد الحلول التي تتلافى هذا المضار على وجه مستقل في كل ناحية عن الأخرى، دون أن يعني بتأصيلها على أساس موحد. أما الفقه فقد انتهى إلى تأصيلها على أساس واحد يستمده من تحليل جديد

---

(١) انظر في تفصيل ذلك اسماعيل غانم، فقرة ١١١ ص ٢٥٧، عبد المنعم فرج الصرة، فقرة ١٤١ ص ٢٢٣.

لطبيعة القسمة وآثارها. وقد ظهر ذلك في كتابات «بوتييه» إذ يقول «يجب النظر إلى القسمة على أنها محددة لسند الميراث، لا على أنها سند تمليك» «فالأثر الجوهري للقسمة هو تحديد حصة كل وارث وقصرها على الأموال التي وقعت في نصيبه، بحيث يعتبر كل وارث قد تلقى من المورث مباشرة الأموال التي وقعت في نصيبه، بمقتضى القسمة، ولم يتلق شيئاً من الأموال التي وقعت في نصيب الورثة الآخرين»[1] فالقسمة طبقاً لهذا التصوير ليست ناقلة للحق وإنما هي كاشفة له أو محددة، علاوة على مالها من أثر رجعي، بمعنى أن تحديد ما يؤول إلى كل شريك بالقسمة يستند أثره إلى وقت بدء الشيوع لا وقت انعقاد القسمة.

وقد تأثر التقنين الفرنسي بهذا التصوير وضمنه المادة ٨٨٣ مدني فرنسي والتي تنص على الأثر الرجعي للقسمة. في مصر نقل هذا النص في التقنين المدني الأهلي سنة ١٨٨٣ في المادة ٤٥٧، ثم انتقل بعد ذلك إلى التقنين المدني الحالي حيث تنص المادة ٨٤٣ على أنه «يعتبر المتقاسم مالكاًللحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص».

وكما هو واضح فإن هذه النصوص قد اقتصرت على إبراز الأثر الرجعي للقسمة دون الأثر الكاشف لها. ويرجع السبب في ذلك، على ما يبدو، هو النظر إلى الأثر الرجعي والأثر الكاشف على أنهما عبارتان مترادفتان تكفي أحدهما للدلالة على الأخرى في ذات الوقت[1].

ـ الخلط بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي في الفقه التقليدي:

تأثر الفقه التقليدي بالتصوير الروماني للقسمة وأن التعديل الذي طرأ في عهد القانون الفرنسي القديم كان الهدف منه تحقيق نتائج عملية محمودة. ولذلك كان هذا الفقه يرى أن الطبيعة الحقيقية للقسمة أنها ناقلة للحق، وأن الأثر الكاشف أضيف إليها بحكم القانون على أساس افتراض مخالف للحقيقة

(١) اسماعيل غانم، فقرة ١١١، ص ٢٥٩.

وهو إسناد أثر القسمة إلى الماضي ليصل من ذلك إلى اعتبار كل متقاسم مالكاً وحده منذ أن تملك في الشيوع للنصيب المفرز الذي آل إليه بمقتضى القسمة وأنه لم يملك غيره شيئاً في الأنصبة المفرزة التي اختص بها زملاؤه. هذا الأثر الرجعي ليس إلا محض افتراض مخالف للواقع والمنطق على حد سواء، فهو يخالف الواقع بجحده واقعة الشيوع، وهي حقيقة واقعة استمرت طول المدة التي بقاها المال بغير قسمة. وهو يخالف المنطق، حيث يسبق الأثر، وهو الإفراز، المصدر المنشىء له وهو القسمة. وقد ترتب على ذلك أن الأثر الكاشف للقسمة، باعتباره مرادفاً للأثر الرجعي، أعتبر محض افتراض.

وقد ترتب على هذا الخلط أن اتجه كثير من الفقهاء إلى التضييق من نطاق تطبيقهما. أما القضاء الفرنسي اتجه إلى التوسع في تطبيق نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي استناداً إلى العبارات العامة التي صيغ بها، دون أن يتخلى كلية عن الاتجاه المضيق في بعض النواحي.

ـ اختلاف الأثر الكاشف عن الأثر الرجعي من حيث الأساس والغرض:

فالأثر الكاشف للقسمة L'effet déclaratif du partage يعبر عن حقيقة الحال، وهو مستمد من طبيعة القسمة، إذ هو يبين أن القسمة ليست سند تمليك المتقاسم لما آل إليه، وإنما تقتصر على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيوع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق. ويترتب على ذلك أن جميع النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف يجب الأخذ بها دون تضييق.

أما الأثر الرجعي L'effet rétroactif للقسمة فهو محض افتراض، إذ أن معناه اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص، وهذا يخالف الحقيقة لأنه لا يتفق مع قيام الشيوع مدة كان يرد حق الشريك خلالها على الشيء الشائع كله. والغرض من هذا الأثر الرجعي هو حماية كل متقاسم من الحقوق التي تقررت على الشيء الشائع من قبل أحد الشركاء الآخرين أثناء قيام الشيوع.

ويترتب على ذلك أنه يجب التضييق من نطاق تطبيق الأثر الرجعي، باعتباره افتراضاً مخالفاً للحقيقة، وقصره على حدود الغرض من تقريره واستبعاده فيما وراء ذلك.

ـ الأثر الكاشف تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها[1]:

تبين لنا أن القسمة ليست سند تمليك المتقاسم لما آل إليه وإنما يستند في ذلك إلى السند الأصلي للملكية الشائعة. فالوارث الذي تنتقل إليه بوفاة مورثة حصة شائعة من التركة، إنما يستند في تملكه للنصيب المفرز الذي آل إليه عند القسمة، إلى واقعة الميراث ذاتها. وتقتصر القسمة على الكشف عن الحق الثابت للمتقاسم منذ أن تملك في الشيوع وذلك بتحديد نطاق هذا الحق. كل ذلك أمور تقتضيها طبائع الأشياء وليس فيها أية مخالفة للحقيقة.

نقطة البداية في هذا التحليل تكمن في أن حق الشريك المشتاع هو حق ملكية يرد على الشيء الشائع كله، وإن كان محدداً تحديداً معنوياً بحصة الشريك في الشيوع. «فيترتب على ذلك أن القسمة، بإفرازها للشريك جزءاً مادياً من الشيء الشائع يختص به وحده، لا تكسبه حقاً جديداً لم يكن له من قبل، فحقه أثناء الشيوع كان محله المادي الشيء الشائع كله. فالقسمة اقتصر أثرها إذن على التغيير في هذا الحق على وجه معين[2]، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي. فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١١٣ ص٢٦١، وما بعدها.

(٢) انظر في نقد هذا التحليل منصور مصطفى منصور، فقرة ٨١٥ ص ٢١٣ حيث يقول «أنه لا يمكن القول بأن القسمة أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته، لأن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها سواء من حيث المحل أو من حيث المضمون، فقبل القسمة كان له حق محله كل الشيء ومضمونه جزء من مضمون الملكية العادية، وبعد القسمة أصبح له حق محله جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية العادية (المفرزة) وهذا ما يكفي في تقديره للقول بأن القسمة تعطى للشريك حقاً آخر غير الحق الذي كان له أثناء الشيوع» ولذلك فهذا الرأي يذهب إلى القول بالأثر الناقل للقسمة فقرة ٦٨ ص ٢١٥.

ولكنه محدد تحديداً معنوياً بالثلث مثلاً، وكان بذلك مشتبكاً بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله، أصبح هذا الحق بمقتضى القسمة محدد تحديداً مادياً بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده ويعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله» وبذلك تزول العقبات التي كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته.

والأثر الكاشف بهذا المعنى يطابق الحقيقة، لأنه مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها. ولذلك يجب أن يتحدد نطاق تطبيقه وتترتب نتائجه دون تضييق. وهذا هو موضوع الفقرات التالية.

أ ـ نطاق تطبيق الأثر الكاشف:

ونعرض هنا لنطاق تطبيق الأثر الكاشف سواء من حيث الأشخاص، أو من حيث التصرفات، أو من حيث الأموال.

(١) من حيث الأشخاص:

إن القسمة ترتب أثرها الكاشف بالنسبة إلى جميع الأشخاص، لا فرق في ذلك بين المتقاسم والغير[١].

فبالنسبة للمتقاسم فإنه يحتج عليه بالأثر الكاشف للقسمة. تطبيقاً لذلك أنه إذا تبين أن العقار الذي اقتسمه الشركاء لم يكن مملوكاً لهم، فلا يحق للمتقاسم الذي حاز نصيبه من هذا العقار بحسن نية مدة خمس سنوات أن يستند إلى القسمة باعتبارها سبباً صحيحاً يخوله تملك هذا النصيب بالتقادم، حيث أن القسمة ليست سنداً لتملك المتقاسم لما آل إليه.

أما بالنسبة للغير فإنه يحتج عليه أيضاً بالأثر الكاشف للقسمة. وتطبيقاً لذلك أنه لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع على المال الشائع، فمثلاً إذا رتب أحد الشركاء رهناً

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٤ ص ٢٢٦، السنهوري، الوسيط جـ ٨ فقرة ٥٨٠ ص ٩٦٣.

على المال الشائع، سواء ورد هذا الرهن على المال كله أو على جزء معين منه أو على حصة فيه، فلا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن على شريك آخر وقع في نصيبه عند القسمة هذا المال أو جزء منه. حيث أن هذا الشريك ليس خلفاً للشريك الراهن، فالقسمة كاشفة لا نافلة، وبالتالي يظل الرهن غير نافذ في حقه كما كان قبل القسمة.

(٢) من حيث التصرفات:

أن الأثر الكاشف تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها، ولذلك يجب أن يترتب هذا الأثر على القسمة وعلى أي تصرف آخر يعتبر من قبيل القسمة. أي كل تصرف يترتب عليه اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعاً من قبل، سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه، وسواء تم ذلك بالنسبة إلى كل الشركاء في الشيوع أو إلى بعضهم. وذلك على النحو الآتي بيانه.

(أ) القسمة العينية البسيطة: هذه هي القسمة التي يختص فيها كل شريك بكامل نصيبه عيناً. وهذه هي الأصل وبالتالي هي أول تصرف يثبت له الأثر الكاشف للقسمة. ويثبت الأثر الكاشف للقسمة العينية أياً كانت طريقتها سواء كانت اتفاقية أو قضائية، كما يثبت للقسمة الفعلية، وللقسمة النهائية التي تنجم بقوة القانون عن قسمة مهايأة مكانية دامت خمس عشر سنة (م ٨٤٢/ ٢ مدني مصري).

ولا يشترط لثبوت الأثر الكاشف للقسمة العينية أن تكون شاملة لكل الشركاء ولكل الأموال. فالأثر الكاشف يثبت لها سواء كانت قسمة كاملة أفرز فيها لكل شريك نصيبه، أو كانت قسمة جزئية بأن كانت قاصرة على خروج بعض الشركاء من الشيوع بأن يختص كل منهم بجزء مفرز، بينما يبقى الشركاء الآخرون في الشيوع ـ كما يجوز أن تقتصر على أن يختص فريق من الشركاء بجزء من المال الشائع يملكونه على الشيوع، بينما يختص الفريق الآخر بالقسم الآخر يملكونه فيما بينهم على الشيوع. فالقسمة في هذه الحالة وإن كانت لم تقرر لكل شريك نصيبه، إلا أنها قد أفرزت نصيبين كل منهما

لبعض الشركاء. وهي ما تسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات Partage par souches[1] ومثال ذلك أن يكون الشخص متزوج بزوجتين وتقيم كل منهما مع أولادها في منزل كامل ثم يتوفى الزوج ويتفق الورثة على أن يختص كل فريق منهم بمنزل ودون أن يقسم هذا المنزل بين الشركاء في كل فريق، ويثبت الأثر الكاشف للقسمة العينية ولو اقتصر الشركاء على اقتسام مال واحد من الأموال الشائعة مع بقاء سائرها في الشيوع.

(ب) القسمة العينية بمعدل: وهي القسمة التي يعوض فيها الشريك الذي حصل على أقل من نصيبه عيناً بمعدل نقدي يعادل ما نقص من نصيبه، ويلزم بهذا المعدل من حصل من الشركاء على حصة عينية أكثر من نصيبه. والمعدل هنا ليس إلا وسيلة لتسهيل توزيع الأموال الشائعة على المتقاسمين بحسب أنصبائهم وذلك حتى تتحقق المساواة بينهم، ولذلك لا يغير هذا المعدل من طبيعة القسمة، ومن ثم يترتب عليها الأثر الكاشف.

(جـ) القسمة بطريق التصفية: وهذه القسمة لا تلجأ إليها المحكمة إلا إذا تبين أن القسمة العينية غير ممكنة. وفي هذه القسمة يباع المال الشائع بالمزاد لكي يوزع ثمنه على المتقاسمين. ويثبت لهذه القسمة أيضاً الأثر الكاشف، سواء تمت باتفاق الشركاء أو بقرار من المحكمة مع اختلاف في الحكم:

إذا كان الراسي عليه المزاد هو أحد الشركاء يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية. ويعتبر المال المبيع أنه قد وقع في نصيب الشريك الذي رسا عليه المزاد، ومن ثم يخصم الثمن الذي رسا به المزاد من حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة. فإذا زادت هذه الحصة على الثمن أخذ هذا الشريك باقي نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل القسمة يلتزم به باقي الشركاء، وإذا زاد الثمن على هذه الحصة دفع الشريك الذي رسا عليه المزاد لباقي الشركاء معدلاً للقسمة. ويترتب على القسمة

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٥ ص ٢٨٠ هامش ٢.

زوال التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون على العين المبيعة، أما التصرفات التي صدرت من هذا الشريك فتبقى[1].

أما إذا كان الراسي عليه المزاد أجنبياً، ففي هذه الحالة يكون رسو المزاد بيعاً صادراً من الشركاء إلى هذا الأجنبي، وذلك في العلاقة فيما بين الشركاء والراسي عليه المزاد. أما فيما يتعلق بالعلاقة فيما بين الشركاء أنفسهم فيعتبر هذا البيع أنه قد تم لحساب جميع الشركاء تمهيداً للقسمة، ولذلك ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذي رسا به المزاد.

ويترتب على ذلك أن حق كل شريك في هذا الثمن لا يتحدد بصفة نهائية من وقت رسو المزاد بقدر حصته في المال الشائع، وإنما يتوقف هذا التحديد على ما قد يؤول إلى الشريك من هذا الثمن عند إجراء القسمة بين الشركاء. فإذا آل الثمن كله إلى شريك واحد اعتبر هذا الشريك أنه قد اختص بمقتضى القسمة بالمال المبيع وأنه هو وحده الذي باعه للأجنبي، فلا تنقذ الحقوق التي كان أي من الشركاء قررها على العقار أثناء الشيوع. في خصوص هذا المال. ولكن تبقى التصرفات التي أبرمها هو. أما إذا أسفرت القسمة على توزيع الثمن بين الشركاء اعتبروا جميعاً بائعين وبقيت التصرفات التي أبرموها أثناء الشيوع في خصوص المبيع.

(د) الاتفاق الذي يترتب عليه اكتساب أحد الشركاء ملكية حصص باقي الشركاء، بحيث يصبح المال الشائع بموجبه مملوكاً ملكية مفرزة لهذا الشريك. فهذا التصرف لا يعتبر تصرفاً ناقلاً بل هو مثل القسمة العينية يعتبر تصرفاً كاشفاً وتنطبق عليه أحكام القسمة[2]. مثل ذلك أن يبيع الشركاء المال

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٥ ص ٢٢٨.

(٢) ويشترط الرأي السائد في الفقه الفرنسي، والذي يأخذ به القضاء، أن يكون هذا التصرف معاوضة حتى يعتبر معادلاً للقسمة في أثرها الكاشف. فإذا وهب أحد الشريكين حصته للآخر، أو وهب الشركاء حصصهم لأحدهم، فلا يكون للهبة أثر كاشف بل هي تصرف ناقل يكون الشريك الموهوب له خلفاً للواهب رغم أنه قد ترتب على الهبة أن أصبح الشريك الموهوب له مالكاً ملكية مفرزة للشيء كله انظر =

الشائع كله إلا واحد منهم، ثم يقتسمون ثمنـه بنسبة حصة كل منهم. أو يشتري أحد الشركاء حصص الباقين الشائعة، فتخلص له ملكية المال الشائع كله[1].

وعلى عكس ما تقدم لا يترتب الأثر الكاشف على التصرفات التي تقتصر نتيجتها على مجرد إنقاص عدد الشركاء دون أن يترتب عليها إفراز للملكية. مثل ذلك أن يباع المال الشائع أو أحد الأموال الشائعة في المزاد فيرسو مزاده على بعض الشركاء بالشيوع فيما بينهم، فيكون الشركاء الذين رسا عليهم المزاد خلفاء للشركاء الآخرين بقدر حصصهم. وكذلك بيع أحد الشركاء على الشيوع حصته الشائعة لأحد الشركاء، فتتضاعف حصة المشتري مع بقاء أموال التركة شائعة بينه وبين الشركاء الآخرين. وبالمثل إذا بيع أحد الورثة حصته من التركة إلى باقي الورثة جميعاً، وهذا هو التخارج.

في كل هذه الصور لم تترتب على التصرف ملكية مفرزة، بل اقتصر أثر التصرف على إنقاص عدد الشركاء وزيادة في مقدار الحصص الشائعة للشركاء الباقين أو أحدهم، فيكون التصرف في هذه الحالات ناقلاً، ويكون الشريك

= إسماعيل غانم، فقرة ١٢٦ ص ٢٨٢ والمراجع المشار إليها في هامش ٢ على أن أقلية من الفقهاء ترى أنه لا مبرر لهذه التفرقة بين المعاوضة والتبرع طالما أنها تتفق في نتيجتها وهي اختصاص الشريك بمال مفرز. وليس هناك ما يدعو إلى الخشية من التضحية بمصالح الشريك الواهب ودائنيه. إذ يستطيع هؤلاء حماية مصالحهم من طريق الدعوى البوليصية حيث أنه بواسطتها تصبح الهبة غير نافذة في حقهم، انظر في تأييد هذا الرأي عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٥ ص ٢٣٠ وبصفة خاصة هامش ١ يلاحظ أنه في هذه الحالة لا محل للطعن في القسمة بالغبن.

(١) ويترتب نفس الأثر لو كان البيع لأجنبي فباشر الشريك حقه في الاسترداد أو الشفعة، إذ يحل الشريك المسترد أو الشفيع محل المشتري الأجنبي ويعتبر كأنه هو الذي تعاقد مع الشريك البائع من أول الأمر، فيترتب الأثر الكاشف على البيع المصحوب بالاسترداد أو الأخذ بالشفعة وينطبق أحكام القسمة، إسماعيل غانم، فقرة ١٢٦ ص ٢٨٢ هامش ١.

المشتري خلفاً للشريك البائع في حدود حصة هذا الأخير[1].

والأصل أن الأثر الكاشف لتصرف من التصرفات إنما هو مستمد من وظيفة التصرف ذاته، ولذلك فلا سلطان للإرادة في تقريره لتصرف ناقل بطبيعته، كبيع العقار الشائع لأجنبي، أو استبعاده من تصرف كاشف بطبيعته كالقسمة أو بيع العقار الشائع إلى أحد الشركاء. لكن قد يكون للإرادة أثراً غير مباشر في تقرير الأثر الكاشف للتصرف[2]. كما أنه يجوز الاتفاق على تطبيق حكم من أحكام التصرفات الناقلة على تصرف كاشف بطبيعته بشرط ألا يتعارض مع قاعدة آمرة وألا يكون من شأن تطبيق هذا الحكم مساس بحقوق الغير[3].

(٣) من حيث الأموال:

ينطبق الأثر الكاشف على كافة الأموال التي كانت شائعة فأفرزتها القسمة أو التصرف المعادل للقسمة، سواء كانت تلك الأموال عقارات أو منقولات، أو حقوقاً ترد على أشياء غير مادية كالحق المالي للمؤلف على مصنفه.

كذلك يشترط أن يكون لهذا المال وجود سابق على القسمة بأن كان شائعاً فاقتصرت القسمة على مجرد إفرازه. ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن تثبت القسمة لأحد الشركاء حقاً من الحقوق لكي يترتب الأثر الكاشف بالنسبة لهذا الحق.

وعلى ذلك إذا أثبتت القسمة حقاً لأحد الشركاء على شيء لم يكن داخلاً من قبل في نطاق الشيوع، فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق. تطبيقاً لذلك إذا لم يكن المعدل الذي التزم به أحد المقاسمين لتكملة

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٦ ص ٢٨٣ وانظر فروض أخرى في نفس الصفحة، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٥ ص٢٣٠.

(٢) انظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٧ ص ٢٨٥.

(٣) انظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٧ ص ٢٨٥، ٢٨٦.

نصيب المتقاسم الآخر مبلغاً من النقود، بل كان عقاراً يملكه فالقسمة في هذه الحالة لا تكون كاشفة لملكية هذا المعدل، بل تكون ناقلة لملكيته من مالكه إلى المتقاسم الآخر، وبالتالي يصبح هذا الأخير خلفاً للمتقاسم الأول، وتبقى التصرفات التي أبرمها المتقاسم الأول في خصوص هذا العقار، كما يلزم التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتقاسمين، وتعتبر القسمة سند تمليك بالنسبة للمعدل وبالتالي تصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي.

ولا ينطبق الأثر الكاشف على الحقوق الشخصية، إذ أن الشيوع لا يرد على هذه الحقوق، لأنه إذا تعدد أصحاب الحق الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم، وذلك ما لم يكن غير قابل للانقسام، إذ في هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للانقسام لا أحكام الشيوع. وعلى ذلك إذا توفى دائن عن عدة ورثة انقسم الحق بينهم، فيصبح الواحد منهم دائناً للمدين استقلالاً بجزء من الدين بنسبة حصته في التركة[1].

ومع ذلك فإن نص المادة ٩٠٧ مدني مصري يوحي بأن القسمة ترد على الحقوق الشخصية، حيث يقول «إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين التركة، فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك». هذا النص قد ورد في الفصل المخصص لتصفية التركات ومع ذلك فإنه ليس هناك من مبرر لقصره على التركات التي عين لها مصـف، وبالتالي يكون عام التطبيق على كافة التركات ولذلك يبقى التساؤل

(١) هذا هو المبدأ المستقر في القانون الوضعي في كل من مصر وسوريا. أما في الفقه الإسلامي وفي القانون العراقي (م ٣٠٣/ ٢ مدني) والقوانين التي استلهمت أحكامها مباشرة من الفقه الإسلامي، فإن الحق يعتبر «ديناً مشتركاً». ومقتضى ذلك ألا ينقسم الدين إلا في علاقة الورثة بالمدين. بحيث لا يستطيع أي منهم أن يطالب المدين إلا بحصته في الدين، أما في علاقة الورثة بعضهم ببعض فإن الوارث إذا قبض حصته من المدين لم تخلص له فللورثة الآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته، وهو يتحمل معهم تبعة إعسار المدين انظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط جـ ٣ فقرة ١٥٠ ـ ١٦٣ وانظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ ص ٢٨٨ هامش ٢.

قائماً كيف يكون التوفيق بين هذا النص وبين مبدأ انقسام الحق بوفاة الدائن؟

يذهب الفقه في مصر[1] إلى أن ما ورد في النص من «اختصاص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة لا يعتبر قسمة بالمعنى الدقيق، وإنما هو حوالة إلى ذلك الوارث من الورثة الآخرين. فالحق قد انقسم عليهم جميعاً بمجرد وفاة المورث فأصبح كل منهم دائناً بدين مستقل بقدر حصته في الميراث، فإذا اتفقوا عند قسمة التركة على أن يكون الحق كله لأحدهم فإن معنى هذا أن كلاً من الورثة الآخرين قد حول حصته إلى ذلك الوارث. فيكون السند الذي انتقل به الحق إلى الوارث هو الميراث في حدود حصته ذلك الوارث، ويكون الحوالة فيما زاد على تلك الحصة، وتكون «القسمة التي اختص فيها الوارث بدين للتركة تصرفاً ناقلاً ـ لا كاشفاً ـ لما زاد على حصة الوارث في الحق الذي اختص به[2].

ويترتب على اعتبار أن هذا التصرف حوالة أن أحكام الحوالة تنطبق عليه في الحدود التي تتعارض مع طبيعته[3].

ب ـ نتائج الأثر الكاشف للقسمة

سوف نتتبع هذه النتائج سواء على مستوى القواعد الخاصة بالقسمة باعتبارها تصرفاً كاشفاً، أو على مستوى القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة.

(أولاً) في مجال القواعد الخاصة بالقسمة باعتبارها تصرفاً كاشفاً[4]:

---

(١) والفقه الفرنسي مختلف حول هذه المسألة انظر إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ هامش ٢ ص ٢٨٩، ٢٩٠.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ ص ٢٩١، السنهوري، الوسيط، جـ٨ فقرة ٥٧٩ ص ٩٦٢، ٩٦٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٤٦ ص ٢٣٢.

(٣) إسماعيل غانم، فقرة ١٢٩ ص ٢٩١، ٢٩٢.

(٤) انظر في نفي ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٧ ص ٢١٦ وما بعدها.

قد خص المشرع القسمة، بوصفها تصرفاً كاشفاً، بأحكام خاصة، سنعرض لهذه الأحكام فيما يلي:

(١) مصير التصرفات التي انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء قيام الشيوع.

تتجلى نتائج الأثر الكاشف للقسمة في مصير التصرفات التي انفرد أحد الشركاء بإبرامها أثناء الشيوع على المال الشائع في اعتبار هذه التصرفات غير نافذة في حق الشريك الآخر الذي وقع هذا المال أو جزء منه في نصيبه عند القسمة. وذلك على أساس أن القسمة تقتصر على مجرد الكشف عن حق كل متقاسم بتحديد نطاقه، لذلك فهي ليست سند تملك المتقاسم للنصيب المفرز الذي اختص به، وبالتالي لا يعتبر المتقاسم خلفاً للمتقاسمين الآخرين. ويترتب على ذلك إذا أبرم أحد الشركاء رهناً أثناء الشيوع، فلا ينفذ هذا الرهن في حق شريك آخر وقع في نصيبه كل المال الشائع أو جزء منه، وذلك سواء ورد الرهن على كل المال الشائع أو على جزء مفرز منه أو على حصة شائعة فيه.

(٢) تسجيل القسمة: يستلزم قانون الشهر العقاري تسجيل التصرفات الناقلة للملكية العقارية، كالبيع، ويترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير (م ٩) أما التصرفات الكاشفة فلا يشترط تسجيلها إلا للاحتجاج بها على الغير فحسب (م ١٠/ ١)[١]. وقد حرص المشرع المصري على أن ينص على هذا الحكم بالنسبة إلى القسمة بالذات، فنصت المادة ١٠/ ٢ على ما يأتي: «ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة». ويبرر هذه التفرقة أن التصرف الناقل ينقل للمتصرف إليه حقاً لم يكن له من قبل، فهو بذلك يكون أبعد أثراً من التصرف الكاشف الذي يستند إلى حق سابق فيقتصر على التعديل في بعض عناصره على نحو معين.

---

(١) نقض ٢/ ٤/ ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٥٠٤ رقم ٣٦٤.

وعلى ذلك فإن القسمة ترتب آثارها فيما بين المتقاسمين بمجرد انعقادها وقبل تسجيلها، فيعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة. والغير هنا هو من تلقى حقاً عينياً على العقار الشائع قام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة[1].

ومع ذلك يجب أن نأخذ في الاعتبار أن اشتراط التسجيل للاحتجاج بالقسمة على الغير قد شرع لحماية هذا الغير الذي يراد لاحتجاج بالقسمة عليه، ولكنها ليست حماية مفروضة عليه. معنى ذلك أنه ليس هناك ما يمنع من تمسك الغير بالقسمة في مواجهة المتقاسمين رغم عدم تسجيلها، ولا يجوز للمتقاسمين التمسك بعدم تسجيل القسمة. وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن «عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة. وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم له»[2].

في القانون اللبناني لا يفرق المشرع بين التصرفات الناقلة لحق عقاري والتصرفات الكاشفة من حيث أثر التسجيل. فالقسمة العقارية فيه يجب أن

---

(١) نقض ٢٠/١/١٩٨٨ الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق، نقض ٣٠/٣/١٩٨٨، الطعن ٦٠٤ لسنة ٥١ ق.

(٢) نقض مدني ٢٩/١/١٩٤٢، مجموعة عمر، جـ٣ ص ٤٠٩ رقم ١٣٨، نقض ١٧/٣/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض، س ٦ ص ٨٥١ رقم ١١١. ويلاحظ أن مالك العقار المجاور أو مشتريه لا يدخل في تعامل في شأن العقار الذي تقاسمه أصحابه ولذلك لا يعتبر من الغير على النحو السابق بيانه في المتن. ولذلك إذا تمسك بالقسمة غير المسجلة لا يتنازل عن حق قرره له القانون، وإنما هو يتمسك بهذه القسمة في مواجهة المتقاسمين أنفسهم، حيث أن القسمة تنتج آثارها بالنسبة إليهم بغير حاجة إلى تسجيل.

تقيد في السجل العقاري لكي تنتج آثارها، سواء فيما بين الشركاء المتقاسمين أو بالنسبة إلى الغير.

(٣) الغبن في القسمة: سبق أن رأينا أن المشرع يميز نقض القسمة الاتفاقية إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على خمس ما يستحقه (م ٨٤٥ مدني مصري). وهذا الحكم يقوم على تحقيق المساواة بين المتقاسمين، التي هي روح القسمة. وقد أدى ذلك إلى اختلاف تلك القواعد عن قواعد الغبن في البيع، سواء من حيث شروط دعوى الغبن، أو من حيث ما يجب على الطرف الآخر أداؤه لتجنب نقض القسمة. وفكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ليست إلا نتيجة لطبيعة عقد القسمة بوصفه ليس ناقلاً لحق جديد، وإنما كاشف عن حق قائم يراد إيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي. لذلك وجب أن يحصل كل متقاسم في القسمة على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة، وذلك بصرف النظر عن طبيعة المال الشائع عقاراً كان أو منقولاً، وبصرف النظر عن أهلية المتقاسم، عكس الحال في البيع حيث تقتصر دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن على بيع العقار المملوك لشخص غير كامل الأهلية. فإذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد عن الخمس وجب تكملة نصيبه بتمامه، لا إلى أربعة الأخماس فحسب كما هو الحال في البيع، حيث أن البيع يقوم على فكرة المضاربة، وهي لا تقتضي تعادلاً كاملاً بين الثمن الذي يحصل عليه البائع وقيمة الشيء المبيع.

(٤) امتياز المتقاسم: قد قرر المشرع للشركاء الذين اقتسموا منقولاً (م ١١٤٦ مدني مصري) أو عقاراً (م ١١٤٩ مدني مصري) حق امتياز على ذلك المنقول أو العقار. ويهدف هذا الامتياز إلى ضمان حق كل متقاسم في الرجوع على المتقاسمين الآخرين، سواء عند المطالبة بالمبالغ المترتبة على ضمان الاستحقاق، أو المطالبة بمعدل القسمة، أو المطالبة بحصته في الثمن الذي رسا به المزاد على أحد شركائه. والعلة من تقرير امتياز المتقاسم هي ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين. فهذه المساواة لن تتحقق إذا تعرض المتقاسم عند رجوعه على المتقاسمين الآخرين، في حالة من الحالات السابقة،

لمزاحمة دائني مدينة وبالتالي عدم استيفاء حقه كاملاً. . وهذا ما يبرر الحكم الخاص الذي خص به المشرع امتياز المتقاسم وخرج به عن القواعد العامة في تحديد مرتبة الامتياز العقاري بتاريخ قيده. فالمادة ٢/١٠٣٩ مدني مصري وإن كانت تجعل الرهن الذي انتقل بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير تلك التي كانت مرهونة في الأصل يحتفظ بمرتبته القديمة إذا تم القيد الجديد له طبقاً للإجراءات وفي المواعيد المنصوص عليها في المادة ٢/١٣٠٩ مدني مصري، إلا أنه يتأخر عن امتياز المتقاسم رغم أنه تالٍ في قيده لتاريخ قيد الرهن.

(٥) ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة: يتميز الضمان في القسمة أيضاً بأحكام خاصة تختلف عن أحكام الضمان في البيع وفي التصرفات الناقلة عموماً. وهذا ما سوف نراه فيما بعد.

(ثانياً) في مجال القواعد المترتبة على نفي الوصف الناقل للقسمة:

الفروق بين التصرفات النافلة، والقسمة لن تقف عند ما نص عليه المشرع وإنما يجب أن تشمل كافة الفـروق التي تستند إلى طبيعة التصرف الناقل ولو لم يرد بشأنها نص خاص. ويتجلى ذلك في الاحتجاج بالأثر الكاشف للقسمة على المتقاسم الذي يدعي تملك العقار بالتقادم، فلا تعتبر القسمة سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي. كما يحتج بالأثر الكاشف للقسمة على الغير، فلا ترد عليها رخصة استرداد الحق المتنازع فيه. ولنر ذلك بشيء من التفضيل:

(١) لا تصلح القسمة سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي: ـ سبق أن رأينا أن القسمة ليست سند تمليك للمتقاسم فيما آل إليه نتيجة القسمة وإنما كاشفة لحقه منذ بدء الشيوع ومحددة لنطاق هذا الحق، وبالتالي لا تصلح القسمة سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي. ويرجع ذلك إلى أن السبب الصحيح هو التصرف الذي لولا صدروه من غير مالك لكان كافياً بذاته لنقل الملكية إلى المتصرف إليه (م ٣/٩٦٩ مدني مصري). فيكمل هذا النقص الجوهري فيه بعنصري الحيازة لمدة خمس سنوات وحسن نية الحائز. وعلى

ذلك إذا اتضح أن العقار الذي اقتسمه المتقاسمون لم يكن مملوكاً لهم، فلا يصح للمتقاسم، الذي سجل القسمة وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه أن يستند إلى القسمة على اعتبار أنها سبب صحيح يخول له التملك بالتقادم إذا استمرت حيازته خمس سنوات. فالقسمة ليست سند تمليك لكل متقاسم في الجزء المفرز الذي اختص به، وإنما هذا السند هو السند الأصلي للملكية الشائعة. فيتوقف التقادم الخمسي على طبيعة هذا السند الأصلي، فإن كان يتوافر فيه شروط السبب الصحيح، كعقد بيع اشترى به الشركاء العقار من غير مالكه، فإن ذلك العقد، وليست القسمة، هو الذي يعتبر سبباً صحيحاً. أما إذا كان السند الأصلي لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً، كالميراث. فلا يجوز التمسك بالتقادم الخمسي لا على أساس القسمة ولا على أساس الميراث، بل يتعين الرجوع إلى سند المورث ذاته.

(٢) لا يصح استرداد المال المتنازع فيه عند قسمته: تنص المادة ٤٦٠ مدني على أنه «١ ـ إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عليه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع». «٢ ـ ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي».

هذا المادة وإن كانت تمثل قاعدة عامة بحيث لا تقتصر على البيع إلا أن شرط تطبيقها أن يكون التصرف ناقلاً للحق المتنازع فيه. فالمادة ٤٦٩/ ١ مدني صريحة في أن يكون صاحب الحق المتنازع فيه قد «نزل عنه بمقابل إلى شخص آخر». والقسمة لا تتضمن معنى النزول من أي من المتقاسمين إلى الآخر، فهي ليست ناقلة بل كاشفة. كما أن مبنى دعوى استرداد الحق المتنازع فيه هو منع المضاربة وهذا غير متوافر في القسمة وعلى ذلك إذا اقتسم الشركاء العقار الشائع، المتنازع في ملكيته بينهم وبين شخص من الغير، فإنه لا يجوز للطرف الآخر في النزاع أن يسترد من أحد المتقاسمين الجزء الفرز الذي وقع في نصيبه طبقاً للمادة ٤٦٩ مدني مصري.

جـ موقف المشرع وتقديره:

تنص المادة ٨٤٣ مدني مصري على أن «يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص»[(١)].

وفي القانون اللبناني:

تنص المادة ٩٤٦ موجبات وعقود على أنه «يعد كل متقاسم كأنه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت في نصيبه أو التي اشتراها بالمزاد عند بيع المال المشترك، فكأنه لم يكن مالكاً قط لسائر الأشياء».

ويلاحظ على هذه النصوص أنها قد اقتصرت على تكريس الأثر الرجعي للقسمة، وأغفلت أثرها الكاشف الذي أبرزه فقهاء القانون الفرنسي القديم. كان السبب في هذا، كما يبدو، هو الخلط بين الأثر الرجعي والأثر الكاشف واعتبارهما مترادفان كما سبق أن بينا.

والأثر الرجعي للقسمة يراد به أن كل متقاسم يعتبر كأنه مالكاً ملكية مفرزة منذ بدء الشيوع للجزء الذي آل إليه بمقتضى القسمة. فواقعة الإفراز التي لم تتحقق إلا عند القسمة تستند بمقتضى هذا الأثر الرجعي إلى وقت بدء الشيوع. وواضح ما في ذلك من مخالفة للحقيقة، إذ لا شك أنه في الفترة ما بين الشيوع وحصول القسمة، وهي مدة قد تطول، لم تكن الملكية مفرزة، بل كان لكل شريك حق شائع يرد على العين كلها.

ولكن ما الذي دعا المشرع إلى الالتجاء إلى مخالفة الحقيقة وتقرير الأثر الرجعي؟ هذا الحكم ترديد أمين لما استقرت عليه التقاليد الموروثة وكان الغرض المقصود منه هو حماية المتقاسمين من الحقوق التي كانت قد تقررت من قبل أحدهم على العين الشائعة أثناء الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز خلوصاً كاملاً. فإذا كان أحد الشركاء قد تصرف أثناء الشيوع في

---

(١) وهذا النص مأخوذ عن نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي كما سبق القول.

جزء مفرز ثم تمت القسمة فوقع ذلك الجزء في نصيب شريك آخر، فإن التصرف يعتبر نتيجة للأثر الرجعي قد صدر من غير مالك، وبالتالي فلن يكون له أثر في مواجهة المالك، أي الشريك الذي اختص في القسمة بذلك الجزء المفرز وهو يعتبر نتيجة للأثر الرجعي وكأنه كان يملك وحده ذلك الجزء وقت بدء الشيوع.

وبالرغم من سلامة المقصد إلا أن استخدام المشرع للمجاز في صياغة النصوص يثير الكثير من الصعوبات عند التطبيق لاصطدامها بالواقع المعقد والمتشابك.

ولذلك إذا حذت هذه النصوص بعباراتها المطلقة لأدى ذلك إلى نتائج شاذة وغير مقبولة. فإذا أخذنا بعبارة النص وقلنا أن كل متقاسم يصير مالكاً للجزء الذي آل إليه في القسمة منذ تملك في الشيوع وأنه لم يملك شيئاً غيره، لكان لكل شريك أن يتمسك بحقه في كل الثمار التي أنتجها هذا الجزء منذ بـدء الشيوع. كما يكون لكل شريك أن يتحلل من المصروفات التي دفعت أثناء الشيوع على الأجزاء التي لم تقع في نصيبه. وكان من مقتضى الأثر الرجعي للقسمة أيضاً أن يعتد في تقويم الحصص عند القسمة بقيمة المال الشائع وقت بدء الشيوع لا وقت القسمة، كما أنه إذا صدر قانون جديد أثناء حالة الشيوع يغير من القواعد المنظمة للقسمة، فإن هذا القانون لا يطبق على أساس أن القسمة تفرز لكل متقاسم حقه من وقت بدء الشيوع أي من وقت سابق على صدور القانون الجديد[1]، وقد أخذ القضاء ببعض هذه الحلول.

هذه الأمثلة تكشف بجلاء خطر تطبيق النص الذي يقرر الأثر الرجعي على إطلاقه. ولذلك يذهب في الفقه مجموعة إلى وجوب قصر تطبيق النص على الحالات التي تتحقق فيها الحكمـة من وضعه. لكن هذا وحده لا يكفي

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٣١ ص ٢٩٥ ـ ٣٠٢ أورد العديد من المسائل التي يجب أن يستبعد فيها الأثر الرجعي.

لحسم كل خلاف وعلى الخصوص في مجال القضاء. ولذلك يكاد يجمع الفقه على انتقاد النص ويطالب بضرورة إلغاءه، ولكنه فيما وراء ذلك يختلف في الحلول البديلة المقترحة على النحو الآتي:

ترى غالبية الفقهاء[1] أنه في التصوير الحديث للملكية الشائعة وللقسمة لم تعد للأثر الرجعي ضرورة تقتضيه. فتصرف الشريك أثناء الشيوع في الشيء الشائع، ولو أنه صادر من مالك، إلا أنه لا يكون نافذاً قبل الشركاء لما فيه مساس بحقوقهم. ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذي تصرف فيه الشريك في نصيب شريك آخر، إذ أن الشريك الذي اختص بذلك الجزء ليس خلفاً للشريك المتصرف، فالقسمة كاشفة لا ناقلة، فيظل التصرف غير نافذ وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز وتتحقق حمايته من الحقوق التي تقررت من قبل متقاسم آخر، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعي للقسمة.

ويذهب بعض أنصار هذا الرأي إلى أن نص المادة ٨٤٣ مدني يتعارض مع نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدني ـ ويرى أن نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدني لا يقوم على أي افتراض مخالف للحقيقة وهي تتضمن قاعدة قانونية ذات تطبيق مباشر لا مجرد تصوير نظري، وبالتالي يكون الأولى ترجيحه على نص المادة ٨٤٣ الذي يقوم على افتراض مخالف للحقيقة. وترجيح المادة ٨٢٦/ ٢ يعني في الحقيقة أن الأثر الرجعي قد أصبح تصويراً عقيماً لا تترتب عليه أي نتائج في القانون المصري[2]. وينتهي هذا الرأي إلى ضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ مدني مصري[3]. بينما يرى البعض الآخر منهم[4] ضرورة تعديل المادة ٨٤٣

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٢ ص ٣٠٥، حسن كيرة، فقرة ١١٨ ص ٢٢٣ وما بعدها، وبحثه في تصرف الشريك في جزء مفرز ص ٦٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٥٢ ص ٢٣٧ وما بعدها.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٢ ص ٣٠٨.

(٣) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٣ ص ٣٠٩.

(٤) حسن كيرة، البحث السابق الإشارة إليه ص ٦٢.

مدني بما يستبعد اثر الرجعي للقسمة ويبرز أثرها الكاشف. ويقترح أن يتم التعديل على النحو الآتي: «يعتبر المتقاسم مالكاً للنصيب المقسوم بناء على السند الذي تملك به في الشيوع، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء»[1].

ويذهب رأي آخر إلى نتيجة مناقضة لذلك فيرى أن القسمة ناقلة بطبيعتها على نحو ما رأيناه في القانون الروماني، وأن نص المادة ٨٤٣ الذي يقرر الأثر الرجعي، أو كما يقال في الفقه التقليدي الأثر الكاشف، هو نص مجازي أريد لوضعه حماية المتقاسم من التصرفات التي أبرمها غيره من الشركاء أثناء الشيوع على حصته الشائعة بإنشاء حق عيني عليها، وعلى الخصوص رهن الحصة الشائعة. وهذا الغرض يمكن تحقيقه بوسيلة أفضل، هي نقل الحقوق التي رتبها الشريك على حقه الشائع إلى ما يقع في نصيبه عند القسمة. ويحسن إلغاء نص المادة ٨٤٣ لما يترتب عليه إذا ما فسر على المعنى الظاهر من عبارته من نتائج غير مقبولة. فإذا ما ألغى هذا النص، زال السند التشريعي لوصف القسمة بأنها كاشفة، وبالتالي لا يرى في أحكام القانون الأخرى ما يدعو إلى القول بأنها كاشفة»[2].

ويذهب أخيراً بعض الفقهاء إلى أنه لا ضرر من إستبقاء المادة ٨٤٣ مدني كما هي، تخلع على القسمة أثراً كاشفاً وأثراً رجعياً في وقت واحد، على أن كون هذا وذاك على سبيل الافتراض القانوني أو المجاز. فتستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض، دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر

(١) انظر في انتقاد هذا التعديل السنهوري، جـ ٨ فقرة ٥٧٦ ص ٩٥٦، ٩٥٧.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ٨٨ ص ٢١٩، وبحثه في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. سنة ١٩٦٤ ص ٢١١. وهو يرى إمكانية استخدام نظرية الحلول العيني لتحقيق الانتقال إلى ما يقع في نصيب الشريك عند القسمة.

الرجعي إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك[1].

ونحن نرى ضرورة وضع قاعدة قاطعة في هذا الصدد لحسم الخلاف في التطبيق في مجال القضاء. ويجب ألا يترك استخلاص النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة، إلى محض تقدير القضاء في هذا المجال الشائك، حيث أن هذا يؤدي إلى اضطراب في الحلول وبالتالي عدم استقرار في المعاملات.

وإذا كان من المسلم به أنه ليس هناك وجود لحقيقة مطلقة في مجال القانون، فإن المنطق يقتضي الانحياز دائماً إلى ما يعتبر أقرب إلى طبيعة الأشياء. وبنا على ذلك فإننا نفضل أن يتدخل المشرع ليبرز الأثر الكاشف للقسمة باعتباره الأكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء مع الأخذ في الاعتبار ما يحيط بفكرة الأثر الكاشف من ظلال، ووضع الحلول التفصيلية لها. وعلى ذلك لا يكفي مجرد إلغاء نص المادة ٨٤٣ مدني مصري حيث أن فكرة الأثر الكاشف للقسمة ليست فكرة مطلقة وقاطعة يسهل الوصول إليها وترتيب نتائجها دون نص صريح على ذلك.

ثانياً: الضمان في القسمة

ـ ضمان التعرض والاستحقاق:

تنص المادة ٨٤٤ مدني مصري على أنه «١ ـ يضمن المتقاسمون

(١) السنهوري، الوسيط، ج ٨، فقرة ٥٧٦ ص ٩٥٨. ويبدو أن القضاء المصري يعتنق هذا الاتجاه فقد نصت محكمة النقض بأن المادة ٨٤٣ «قد دلت على أن القسمة **مقررة أو كاشفة** للحق سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية **لها أثر رجعي** فتعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها في بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق **وبوصفها كاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها**» نقض ١٢/١٢/١٩٨٥ الطعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٢ ق.

بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين» «٢ ـ غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه».

وتنص المادة ٩٤٨ موجبات وعقود لبناني على أنه «يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق للقسمة فيكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته بالتعويض على مستحقي الضمان على أساس قيمة الشيء وقت القسمة» «وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً يوزع ما يترتب عليه لمستحق الضمان على جميع المتقاسمين الأخيرين بنسبة مقدار نصيب كل منهم».

وعلى ضوء ذلك نجد أن ضمان المتقاسمين يقتصر على ما يقع لأحدهم من تعرض أو استحقاق. فلا ضمان للعيوب الخفية عكس الحال في البيع. وذلك يرجع إلى أن وجود عيب خفي معناه أن النصيب الذي آل إلى المتقاسم قد انطوى على غبن لحقه فيكون له أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا كان هذا الغبن يزيد على الخمس.

كما يقتصر ضمان تعرض الغير على التعرض القانوني، أي التعرض الذي يستند فيه الغير إلى حق يدعيه. ويستوي أن يكون هذا الحق حق ملكية أو حقاً عينياً آخر، أو كان حقاً شخصياً يحتج به على المتقاسم ويكون من شأنه الانتقاص من قيمة ما آل إليه في القسمة. مثال ذلك أن يتبين أن العقار الذي اختص به أحد الورثة في القسمة كان مؤجراً من جانب المورث بأجر يقل عن أجر المثل.

ولا يحق للمتقاسم الرجوع بالضمان إلا إذا وقع التعرض فعلاً، فلا يكفي أن يتبين أن هناك حقاً للغير يخشى التعرض بسببه.

وإذا كان العقار الذي آل إلى المتقاسم محملاً بحق الارتفاق، افترض اشتراط عدم الضمان إذا كان هذا الارتفاق ظاهراً، أو أشير إليه عند القسمة. وكذلك الحكم بالنسبة لسائر التكاليف. وذلك كله قياساً على القرينة القانونية الواردة في نص المادة ٤٥٥ مدني بصدد ضمان خلو المبيع من حقوق الارتفاق[1].

ولنعرض الآن لأساس الضمان، ولشروطه، ولأحكامه.

أ ـ أساس الضمان:

هذا الضمان كان مقرراً من القانون الروماني حيث كانت القسمة ناقلة مثل البيع أو المقايضة. وبالرغم من العدول عن الأثر الناقل إلى الأثر الكاشف للقسمة فإن هذا الضمان ما زال مقرراً لارتباطه بوظيفة القسمة ذاتها، وهي تحقيق المساواة بين المتقاسمين عن طريق حصول كل منهم على ما يوازي حصته الشائعة. ذلك أنه لو تلقى أحد المتقاسمين في القسمة عينا معينة، ثم حكم لأجنبي بملكية تلك العين أو بجزء منها أو بتكليف عليها لسبب سابق على القسمة، فإن معنى هذا أن هذا المتقاسم لم يحصل على نصيبه أو أنه قد حصل على جزء منه فحسب، بينما حصل المتقاسمون الآخرون على أكثر من أنصبائهم التي يستحقونها.

وتدور أحكام الضمان القسمة حول هذا الأساس. ولذلك نجد أن المشرع قد خص الضمان في القسمة بقواعد أكثر شدة منها في العقود الناقلة، كالبيع والمقايضة، حيث أن هذه العقود تقوم على فكرة المضاربة. لكن ليس معنى ذلك استبعاد القواعد التي نص عليها المشرع في التزام البائع بالضمان كلية، وإنما تطبق هذه القواعد على الضمان في القسمة من الحدود التي لا تتعارض فيها مع طبيعة القسمة والأساس الذي تقوم عليه.

ب ـ شروط الضمان:

يتطلب القانون توافر شروط معينة لرجوع أحد المتقاسمين على

---

(١) إسماعيل غانم، فقرة ١٣٥ ص ٣١٣.

الآخرين بالضمان على النحو الآتي:

(١) يشترط أن يكون التعرض أو الاستحقاق راجعاً إلى سبب سابق على القسمة. وهذا يعني أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت إلى المتقاسم قد نشأ قبل وقوع القسمة. وعلى ذلك إذا كان الحق الذي يدعيه الغير قد نشأ عن سبب لاحق على القسمة، فلا ضمان على المتقاسمين الآخرين - تطبيقاً لذلك إذا كسب الغير بالتقادم ملكية العين التي آلت إلى المتقاسم، وكان هذا التقادم لم تكتمل مدته إلا بعد القسمة فلا يجوز الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالضمان، لأن سبب ملكية الغير في هذه الحالة لم يكن قائماً وقت القسمة، حيث كان في وسع المتقاسم أن يقطع التقادم بعد القسمة.

(٢) يشترط ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه. مثل ذلك أن يدعي الغير حقاً سابقاً على القسمة، فيقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه، أو أن يهمل المتقاسم في أن يطلب من شركائه التدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى، أو قصر في أن يدفع الدعوى بدفع يؤدي إلى رفضها.

(٣) ويشترط ألا يكون هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها. وعلى ذلك فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المتقاسم على علم بالسبب الذي قد يؤدي إلى الاستحقاق. كما لا يكفي لذلك أن يكون هناك شرط عام يعفي من الضمان، كما هو الحكم في البيع. بل يتشدد المشرع بصدد القسمة ويتطلب أن يكون هناك اتفاق يذكر صراحة سبب الاستحقاق الذي يراد الإعفاء من الضمان في شأنه فيقتصر الإعفاء عليه. وذلك اتساقاً مع الأساس الذي تقوم عليه القسمة وهو تحقيق المساواة فيما بين المتقاسمين.

ولا يشترط أن يرد الشرط الخاص الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته.

في القانون اللبناني لم ينص على هذه القيود ولذلك يسري على الإعفاء من الضمان القواعد العامة فيجوز أن يكون هذا الإعفاء صريحاً أو ضمنياً. كما يجوز أن يكون شرط الإعفاء عاماً لا يذكر فيه سبب الاستحقاق الذي يراد الإعفاء من الضمان في شأنه.

جـ ـ أحكام الضمان:

إذا وقع تعرض للمتقاسم وتوافرت شروط الضمان وأخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الغير، وجب عليهم التدخل فيها إلى جانب المتقاسم للاشتراك معه في الرد على دعوى المدعي. فإذا لم يتدخل المتقاسمين في الدعوى، رغم إخطارهم في الوقت الملائم، ثم حكم بالاستحقاق للمدعي، وجب عليهم ضمان الاستحقاق.

والتزام المتقاسمين بضمان الاستحقاق يتمحض عن تعويض المتقاسم مستحق الضمان عما نقص في نصيبه نتيجة لثبوت حق الغير. وتوزع الخسارة الناجمة عن الاستحقاق على المتقاسمين جميعاً، بما فيهم المتقاسم مستحق الضمان، بنسبة حصة كل منهم. وذلك لأن سبب الاستحقاق سابق على القسمة مما يؤدي إلى انتقاص ما كان يجب أن تنصب عليه القسمة من أموال. وتحقيقاً للمساواة الفعلية بين المتقاسمين قرر المشرع أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين (م ٨٤٤/ ١ مدني مصري).

والعبرة في تقدير الشيء الذي استحق بقيمته وقت القسمة، لا وقت الاستحقاق، على خلاف الحكم في الضمان في البيع، ويرجع ذلك إلى اختلاف الأساس الذي يقوم عليه الضمان. فالأساس في القسمة هو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين بتحميل كل منهم جزء من الخسارة الناتجة عن الاستحقاق، والمساواة إنما تكون وقت القسمة لا بعدها. أما البيع فهو عقد مضاربة، وأساس التزام البائع بالضمان فيه هو ضرورة حصول المشتري على القيمة التي تمثلت في المبيع، وهذه القيمة قد تزيد أو تنقص بعد البيع،

ولذلك كانت العبرة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق.

ويشمل التعويض عن الاستحقاق قيمة الثمار التي ألزم المتقاسم بردها للمستحق، والمصروفات التي أنفقها على الشيء إذا لم يكن المستحق ملزماً بها، ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق. وذلك قياساً على الضمان في البيع (م ٤٥٣/ ٢ ـ ٤ مدني مصري).

ويكون حق المتقاسم مستحق الضمان في الرجوع على الآخرين مضموناً بامتياز المتقاسم (م ١١٤٦ في المنقول، ١١٤٩ في العقار) وفي القانون اللبناني يكون مضموناً أيضاً بتأمين إجباري (م ١٣١/ ٤ ملكية عقارية) إذا كان المال المقسوم عقاراً.

ولا ينشأ الالتزام بالتعويض إلا من وقت الاستحقاق، فتحتسب مدة التقادم المسقط، وهي خمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة من ذلك الوقت (م ٣٨١/ ٢ مدني مصري).

وفي القانون اللبناني عشر سنوات من وقت الاستحقاق طبقاً للقواعد العامة (م ٣٤٨، ٣٤٩ موجبات وعقود).

الفرع الثاني: صور خاصة من الملكية الشائعة

عنى المشرع بتنظيم صورة خاصة جديدة للملكية الشائعة وهي ملكية الأسرة. كما بين حكم الشيوع الإجباري، وقد حرص بوجه خاص على تنظيم صورتين من صوره، وهي الشيوع في ملكية الحائط المشترك، وقد سبق أن درسناها بصدد دراسة القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار، والشيوع في ملكية الأجزاء المشتركة في المنازل المقسمة طبقاتها أو شققها إلى ملكيات مفرزة.

وعلى ذلك سنتولى دراسة ملكية الأسرة في مبحث أول ثم نعرض لأحكام الشيوع الإجباري في مطلب ثان.

المبحث الأول: ملكية الأسرة

ونتولى دراسة ملكية الأسرة من حيث تعريفها، وشروط إنشائها، ومدتها، وأحكامها.

أولاً: تعريف ملكية الأسرة:

استجابة لاعتبارات معينة استحدث المشرع المصري نظام ملكية الأسرة. فقد لوحظ أن كثير ما يحدث أن يبقى أفراد الأسرة في الشيوع بالنسبة للأموال التي ورثوها مدة طويلة، وذلك لما يجمع بينهم من وحدة العمل أو المصلحة. كما لو كانت التركة مالاً من أموال الاستغلال كأرض زراعية أو محل تجاري يستغلونه جميعاً معاً. وإما أن تكون العين الموروثة منزلاً يسكنونه جميعاً. ولذلك أفرد المشرع لملكية الأسرة تنظيماً خاصاً تراعي فيه تلك الرابطة الخاصة التي تربط المشتاعين فيما بينهم وهم أعضاء أسرة واحدة. ولكنه جعل تطبيق هذا النظام متوقفاً على إتفاقهم على إنشاء ملكية الأسرة.

وعلى ذلك فملكية الأسرة عبارة عن ملكية شائعة تنشأ بإتفاق أعضاء الأسرة. ولنر شروط وأحكام هذه الملكية.

القانون اللبناني لا يعرف ملكية الأسرة على هذا النحو، حيث لا يوجد تنظيم خاص بها. فإذا وجد إتفاق على ملكية أسرة، فإنه يخضع للقواعد العامة في الشيوع العادي.

ثانياً: شروط ملكية الأسرة:

تنص المادة ٨٥١ مدني على أن «لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها وأتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة، وإما من أي مال آخر مملوك لهم أنفقوا على إدخاله في هذه الملكية».

وعلى ضوء ذلك يتبين لنا أنه يجب لإنشاء ملكية الأسرة أن تتوافر الشروط الآتية:

(١) من حيث الأشخاص يشترط أن يكون الشركاء أعضاء أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة.

ويلجأ بعض الفقهاء[١] لتحديد المقصود بالأسرة في مفهوم هذا النص إلى المادة ٣٤ مدني والتي تنص على أن «١ ـ تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه» «٢ ـ ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك». وتطبيقاً لذلك لا تنعقد ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.

هذا المفهوم الضيق للأسرة لا يتفق مع العلة من تقرير نظام ملكية الأسرة. فالعلة من قيام ملكية الأسرة هي الرابطة القوية التي تقوم بين أعضائها على أساس وحدة العمل أو المصلحة. وعلى ذلك يجب أن يؤخذ بمفهوم واسع للأسرة وبشرط أن تتوافر بين أعضائها الرابطة القوية. فتشمل الأسرة الأقرباء بالنسب، وكذلك الزوج والزوجة[٢].

(٢) من حيث الأموال: يشترط في الأموال التي يقدمها أعضاء الأسرة لإنشاء ملكيتها أن تكون مملوكة لهم وقت الاتفاق. ولذلك لا يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة بالأموال التي ستؤول إلى أعضائها في المستقبل.

ومصدر هذه الأموال قد يكون تركة يستبقيها الورثة على الشيوع لتدار إدارة مشتركة. وعلى ذلك فإنه يسبق إنشاء ملكية الأسرة في هذه الحالة شيوع

(١) محمد علي عرفة، جـ ١ فقرة ٣٥٠ ص ٤٦٦، محمد كامل مرسي، جـ ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ هامش ١ حسن كيرة، فقرة ١٢٦ ص ٢٣٨، عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٧٢ ص ٢٠٦.

(٢) إسماعيل غانم، فقرة ١٤٠ ص ٣٢٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ٩٤ ص ٢٣٢، ٢٣٣، عبد المنعم فرج الصدة؛ فقرة ١٦٧ ص ٢٥٨ ويدخل في مفهوم الأسرة الأصهار، السنهوري، جـ ٨ فقرة ٦٤٣ ص ١٠٤٧ ويرى لا مانع من دخول الأصهار إذا كان هناك مقتضى لذلك.

عادي في الملكية بين الأعضاء وهذه هي الصورة الغالبة. وقد يكون مصدر هذه الأموال أموال مملوكة للأعضاء ملكية مفرزة، أو يكون بعضها مملوكاً على الشيوع والبعض الآخر مملوكاً ملكية مفرزة يتفق الأعضاء فيما بينهم على تقدمتها لإنشاء ملكية الأسرة ـ ويستوي أن تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات. على أنه بالنسبة للعقارات لن تنشأ ملكية الأسرة، ولو كانت تلك العقارات مملوكة على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق، إلا بالتسجيل، تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري.

(٣) من حيث الشكل: يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقاً مكتوباً. والكتابة هنا شرط للانعقاد لا للإثبات. فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلاً، ولو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه اليمين ـ ولكن لا يشترط فيه الرسمية، فيكفي فيه الكتابة في ورقة عرفية.

ويشترط في هذا الاتفاق أن تتوافر لدى أعضاء الأسرة المتعاقدين أهلية التصرف، لأن الذي يضع ماله في ملكية الأسرة تتقيد حريته في التصرف فيه كما سنرى.

ثالثاً: مدة ملكية الأسرة:

تنص المادة ٨٥٢ مدني مصري على أنه «١ ـ يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشر سنة، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذ وجد مبرر قوي لذلك. ٢ ـ وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه».

يتضح من ذلك أن المشرع قد فرض حداً أقصى، للمدة التي يجوز الاتفاق على بقاء ملكية الأسرة خلالها، وهو خمس عشرة سنة. وفي هذا تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادي الذي لا يجوز الاتفاق على البقاء فيه

مدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني مصري). لكن هذا الحكم لا يمنع بعد انقضاء المدة المتفق عليها من تجديدها بالاتفاق على مدة أخرى، تسري من وقت الاتفاق. وعلى ذلك فإن ملكية الأسرة لا تتجدد لمجرد انقضاء مدتها دون أن يقوم الشركاء بالقسمة، بل تنقلب إلى ملكية شائعة شيوعاً عادياً. وإذا اتفق على مدة تزيد على خمس عشرة سنة، انقصت هذه المدة إلى هذا الحد.

ولا يجوز للشريك أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها. غير أن المشرع قدر أنه قد يطرأ أثناء هذه المدة ما يجعل أحد الشركاء في حاجة إلى إخراج نصيبه. ولذلك أجاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك، كما أذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر، أو احتاج إلى مال، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته.

وإذا لم تحدد مدة هذه الملكية، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في ذلك.

رابعاً: أحكام ملكية الأسرة:

مما تجدر ملاحظته أن ملكية الأسرة تعتبر ملكية شائعة بين الأعضاء، أي هي ملكية تعدد فيها الملاك. وعلى ذلك فإن الأموال المكونة لملكية الأسرة تعتبر ملكاً لكل عضو من الأعضاء ولا تعتبر ملكاً لمجموع الأعضاء ككل أو كشخص اعتباري.

وعلى ذلك فإن أحكام ملكية الأسرة تتميز عن أحكام الشيوع العادي من ناحيتين: الأولى تتعلق بالإدارة، والثانية تتعلق بالتصرف.

(١) **فيما يتعلق بالإدارة:** فإنه يجب أن يكون لملكية الأسرة مديراً، وأن يكون هذا المدير من بين الشركاء. والذي يعين هذا المدير الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص. وعلى ذلك لا يجوز للأغلبية أن تعين مديراً

أجنبياً، على خلاف الحال في الشيوع العـادي. كما أن المدير في ملكية الأسرة يتمتع بسلطات أوسع من سلطات المدير في الشيوع العادي، فرغم أنه يعين بالأغلبية العادية فإن له القيام بأعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة. فقد نصت المادة ١/٨٥٤ مدني مصري على أن «للمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال، ما لم يكن هناك اتفاق عل غير ذلك». وليس للأقلية أن تعترض على عمل معين من أعمال الإدارة، ولكن لكل شريك أن يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك. كما يجوز للأغلبية التي عينت المدير أن تعزله، ولو كان هناك اتفاق على غير ذلك (م ٢/٨٥٤ مدني مصري).

ويجوز لأغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصباء، بدلاً من أن تعين مديراً لملكية الأسرة، أن تتصدى مباشرة للإدارة، فتباشر ما تراه من أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة، دون أن يكون للأقلية حق الاعتراض أمام القضاء.

(٢) فيما يتعلق بالتصرف: فالقاعدة أنه لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء جميعاً (م ١/٨٥٣ مدني مصري) ويستوي أن يكون هذا التصرف معاوضة أو تبرعاً. ويستوي أن يكون هذا التصرف بالنزول عن الحصة للغير أو برهنها إليه. لكن يجوز له أن يتصرف في نصيبه لأحد الشركاء. كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن ينفذ دائن أحد الشركاء على نصيبه فيباع جبراً لأجنبي.

وإذا تملك أجنبي حصة أحد الشركاء، سواء كان ذلك في بيع جبري أو في بيع اختياري وافق عليه سائر الشركاء، فإن هذا الأجنبي لا يصبح شريكاً في ملكية الأسرة إلا باتفاق بينه وبين هؤلاء الشركاء (م ١/٨٥٣ مدني مصري) فإذا لم يتفق على ذلك، فإنه يتعين إخراج الحصة التي آلت إلى أجنبي. وذلك للحفاظ على الغرض الذي أنشئت من أجله ملكية الأسرة.

وفيما عدا الأحكام السابقة الخاصة بالإدارة والتصرف تطبق قواعد الملكية الشائعة، أي قواعد الشيوع العادي، على ملكية الأسرة. كما تطبق قواعد الوكالة في العلاقة بين الشركاء والمدير، وفي علاقتهم بالغير الذي تعامل مع هذا المدير (م ٨٥٥ مدني مصري).

المبحث الثاني: الشيوع الإجباري

وفي هذا الصدد سنعرض على التوالي للأحكام العامة في الشيوع الإجباري، ثم نعالج الصورة الباقية والتي لم نعالجها من قبل وهي ملكية الطبقات أو الشقق، حيث أنه قد سبق وأن عالجنا الصورة الأخرى الخاصة الحائط الفاصل المشترك عند دراسة القيود المتعلقة بالتلاصق في الجوار.

المطلب الأول: الأحكام العامة

وفي هذا الصدد سنعرض لحالاته، ولطبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري، وحقوق الشركاء، والتزاماتهم.

أولاً: حالات الشيوع الإجباري:

الشيوع الإجباري هو الشيوع الدائم الذي ليس للشركاء فيه طلب القسمة. وهذا ما نصت عليه المادة ٨٥٠ مدني مصري بقولها أن «ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع».

وتنص المادة ٨٤٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «لا يجوز طلب القسمة، إذا كان موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له».

والشيوع الإجباري نوعان:

١ ـ الشيوع الإجباري الأصلي: وهو الشيوع الذي يكون محله أشياء

مخصصة بطبيعتها لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد، كمباني المدافن العائلية في الجبانات.

٢ ـ الشيوع التبعي: وهو الشيوع الذي يكون محله أشياء مملوكة على الشيوع لعدة ملاك مختلفين ومخصصة لخدمة عقارات يملكها كل منهم ملكية مفرزة. وهذه الصورة لها أهمية في الحياة العملية. من صوره حالة الحائط المشترك، (م ٨١٤ ـ ٨١٧ مدني مصري) وسبق لنا دراسته، وحالة الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات أو الشقق (م ٨٥٦ ـ ٨٦٩ مدني مصري) وهناك صورة عديدة أخرى للشيوع الإجباري.

والشيوع الإجباري، سواء كان أصلياً أو تبعياً، يمثل وضعاً عادياً، ويستجيب لاعتبارات اقتصادية تبرره، وذلك على خلاف الشيوع العادي الذي يمثل وضعاً استثنائياً. ونتيجة لهذا الاختلاف تباينت القواعد المنظمة لكل منهما.

ثانياً: طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري:

حق الشريك في الشيوع الإجباري هو حق ملكية، وهذا الحق يرد على الشيء الشائع في مجموعة ولا يتركز في جزء معين منه. وهو في ذلك لا يختلف عن حق الشريك في الشيوع العادي.

وقد أدى اتحاد الهدف العملي في كل من الشيوع الإجباري وحق الارتفاق إلى اعتقاد بعض الفقهاء في أن الشيوع الإجباري ينطوي على ملكية مفرزة لكل شريك مع تحمل هذه الملكية بحق ارتفاق للشركاء الآخرين. فالهدف العملي المقصود من نظام الشيوع الإجباري التبعي هو تيسير الانتفاع بالعقارات التي يملكها كل من الشركاء ملكية مفرزة وهو ما يمكن الوصول إليه أيضاً عن طريق تقرير حق ارتفاق على ملكية مفرزة لأحدهم. فمثلاً يستطيع المتقاسمون بدلاً من إبقاء الفناء أو الممر أو المسقاة مثلاً في الشيوع، أن يضعوه في نصيب أحدهم مع تقرير حق ارتفاق عليه لفائـدة الأجزاء التي اختص بها الباقون. لكن اتحاد الهدف العملي على هذا النحو لا يعني اتحاد

النتائج القانونية. ولذلك أجمع الفقه والقضاء على رفض هذا التصوير للشيوع الإجباري. واستقر الفقه والقضاء على أن الشيوع الإجباري التبعي وحقوق الارتفاق نظامان قانونيان يتميز كل منهما عن الآخر ويتجلى هذا الاختلاف في القواعد الآتية:

١ ـ لا يسقط حق الشريك بعدم الاستعمال مهما طالت مدة، وذلك على خلاف حق الارتفاق (م ١٠٢٧/ ١ مدني مصري). ويسقط في القانون اللبناني بعدم الاستعمال بالنسبة للعقارات غير الممسوحة.

٢ ـ يجوز، بشروط محددة، لمالك العقار المرتفق. طلب نقل الارتفاق من موضعه الأصلي إلى موضع آخر من العقار أو إلى عقار آخر (م ١٠٢٣/ ٢ مدني مصري م ٨٩/ ٣ ملكية عقارية لبناني) وهذا الحكم لا محل لتطبيقه في الشيوع الإجباري.

٣ ـ للشريك في الشيوع الإجباري أن يستعمل الشيء الشائع في كل ما لا يتعارض مع الغرض المخصص له وبشرط ألا يحول ذلك دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم. أما استعمال صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق به قاصر على حدود حق الارتفاق المخول له.

٤ ـ للشريك في الشيوع الإجباري أن يحدث في الشيء الشائع من التعديلات ما يحقق له منفعة شخصية دون حاجة إلى موافقة شركائه بشرط ألا يترتب على تلك التعديلات منع شركائه من استعمال الشيء الشائع فيما خصص له. أما صاحب الارتفاق فلا يجوز له أن يقوم بأي عمل يكون من شأنه الزيادة في عبء الارتفاق على العقار المرتفق به.

٥ ـ للشريك في الشيوع الإجباري الحق في أن يدفع اعتداء الغير على العقار الشائع، أما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له في دفع تعدي الغير ما دام هذا التعدي لا يمس حقه في الارتفاق[1].

(١) انظر في تفصيل كل ذلك إسماعيل غانم، فقرة ١٤٥ ص ٣٣٣٠ وما بعدها.

ثالثاً: حقوق والتزامات الشركاء:

يحق للشريك في الشيوع الإجباري أن يستعمل الشيء المشترك كما لو كان مملوكاً له ملكية خالصة، وذلك بقيدين، **الأول**: ألا يتعارض هذا الاستعمال مع الغرض الذي خصص له **والثاني**: وألا يكون من شأن هذا الاستعمال الإضرار بالشركاء الآخرين. ومثال للقيد الأول ليس للشريك في الشيوع الإجباري التبعي أن يستعمل الشيء الشائع لخدمة عقارات أخرى غير تلك التي خصص الشيء لخدمتها. ومثال للقيد الثاني ليس للشريك في المسقاة مثلاً أن يروي أرضه على وجه يحول بين شركائه وبين ري أراضيهم منها.

كما يجوز للشريك في الشيوع الإجباري، في نفس الحدود السابقة، أن يحدث من التعديلات في الشيء الشائع ما يحقق له منفعة شخصية دون حاجة للحصول على موافقة شركائه، على أن يتحمل هو نفقات هذه التعديلات وحدة، وذلك على خلاف الحال في الشيوع العادي.

لا يجوز للشريك في الشيوع الإجباري أن يطلب القسمة لأن ذلك يتعارض مع الغرض الذي أعد له المال الشائع (م ٨٥٠ مدني مصري) كما لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته تصرفاً يتعارض مع ذلك الغرض. ففي الشيوع الإجباري الأصلي ليس للشريك في مدافن الأسرة مثلاً أن يتصرف في حصته إلى أجنبي وليس لدائنيه الحجر عليها. وفي الشيوع الإجباري التبعي لا يجوز إبرام تصرف أو توقيع حجز على الحصة الشائعة إلا مع العقار الذي تعتبر من توابعه.

يلتزم الشركاء في الشيوع الإجباري، كما هو الحال في الشيوع العادي بالمساهمة في نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وفي الضرائب وسائر التكاليف المقررة عليه[1].

(١) والمساهمة تكون بنسبة حصته في المال الشائع في الشيوع الإجباري الأصلي ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك. وبالنسبة للحائط المشترك بنسبة حصة فيه والقاعدة هي =

المطلب الثاني: ملكية الطبقات أو الشقق

يقصد بملكية الطبقات أو الشقق حالة البناء الذي يتعدد ملاكه بحيث يكون لكل منهم طابق أو شقة يملكها ملكية مفرزة.

وتنشأ ملكية الطبقات أو الشقق من أسباب مختلفة، منها أن يوصى أب لكل من أولاده بطابق أو شقة في المنزل الذي يملكه، ومنها أن يبيع مالك منزل طبقاته أو شققه لملاك مختلفين كل منهم يملك ملكية مفرزة، أو أن يشترك عدد من الأشخاص في بناء منزل على أن يكون لكل منهم طابق أو شقة مملوكاً ملكية مفرزة. والصورة الغالية حالياً أن تقوم الشركات أو الجمعيات أوالنقابات ببناء منازل لبيع طبقاتها أو شققها إلى الجمهور أو الأعضاء.

(١) الصورة الأولى هي ملكية السفل وملكية العلو، وهي صورة مستمدة من الفقه الإسلامي. وتتمثل هذه الصورة في تقسيم البناء إلى طبقات تكون كل منها مملوكة بأكملها ملكية مفرزة، فيكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكاً ملكية خالصة لطبقة بنائه بما فيها من جدران وأرضية وسقف ونوافذ وأبواب. ويملك صاحب السفل الأرض التي يقوم عليها البناء كله. ويكون لصاحب العلو حق القرار على السفل. (م ٨٥٩ ـ ٨٦١ مدني مصري).

(٢) الصورة الثانية وهي الملكيات المفرزة والشيوع الإجباري. وتتمثل هذه الصورة في تقسيم البناء إلى طبقات أو شقق تكون كل منها مملوكة ملكية مفرزة بالإضافة إلى أجزاء شائعة شيوعاً إجبارياً، وهي الأجزاء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك كالأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأقنية فضلاً على الأرض التي يقوم عليه البناء. (م ٨٥٦ ـ ٨٥٧

= احتساب الحصص متساوية ما لم يقم الدليل على غير ذلك (م ٨١٤ مدني مصري) وبالنسبة للأجزاء المشتركة، بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار (م ٨٥٨ مدني مصري) ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

مدني مصري) وقد استمد القانون هذا النظام من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨، وبالإضافة إلى نظام إتحاد ملاك الطبقات (م ٨٦٢ ـ ٨٦٩ مدني مصري).

ويختلف تنظيم الصورة الأولى عن تنظيم الصورة الثانية. ويعتبر تنظيم الصورة الثانية هو الأصل الواجب التطبيق ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه.

في القانون اللبناني: نظم المشرع الملكيات المفرزة والشيوع الإجباري بموجب القانون الصادر في ٢٤ كانون الأول سنة ١٩٦٢ بشأن تنظيم ملكية الأبنية المؤلفة من عدة طوابق أو شقق. وهذا النظام مستمد من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ كما أن نظم أيضاً على غرار هذا القانون جمعية ملاكي الطوابق أو الشقق. وقد ألغى هذا القانون بالمرسوم الاشتراعي الصادر في ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣.

ولم ينظم القانون اللبناني ملكية السفل وملكية العلو، ولما كان هذا النظام مستمد من الفقه الإسلامي فقد وردت بعض أحكام له في مجلة الأحكام العدلية، والبعض الآخر تقضي به القواعد العامة. ومن ثم يمكن الأخذ به في القانون اللبناني. ويكون الوضع في القانون اللبناني كالوضع في القانون المصري من وجود نظامين. ولذلك يؤخذ بنفس الحكم المقرر في القانون المصري بأن يعتبر نظام الملكيات المفرزة والشيوع الإجباري هو الأصل الواجب التطبيق، ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه. ولنعرض للأحكام التفصيلية لكل من النظامين.

أولاً: الملكيات المفرزة والشيوع الإجباري

هذا هو النظام الأساسي لملكية الطبقات أو الشقق ويقوم على أن البناء مقسم إلى طبقات أو شقق تكون مملوكة ملكية مفرزة بالإضافة إلى الأجزاء المشتركة التي تكون شائعة شيوعاً إجبارياً. وهذا يقتضي بطبيعة الحال تنظيم

اتحاد الملاك للطبقات أو الشقق ليتولى إدارة الأجزاء الشائعة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أ ـ الأجزاء المفرزة:

ـ حقوق الملاك والتزاماتهم:

تشمل الأجزاء المفرزة الطبقات أو الشقق التي ينقسم إليها البناء والتي تكون مملوكة ملكية مفرزة لأحد الملاك. ويدخل في الطبقة أو الشقة ما هو معد للاستعمال الخاص للمالك. فتشمل ما يوجد فيها من حواجز فاصلة بين الحجرات، وأدوات وأنابيب، وكذلك الأبواب والنوافذ والشرفات. أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف فهي من الأجزاء المشتركة، ولكن ما يكسو هذه الأرضية أو السقف أو الجدران من بلاط وأخشاب ومصيص أو بياض تكون ملكاً خاصاً لمالك الطبقة أو الشقة.

ولكل مالك على الأجزاء الخاصة به حق ملكية مفرزة. فيتحمل وحده ما يقتضيه من نفقات، وله أن يباشر عليه كافة سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف ما لم يرد على ذلك من قيود بمقتضى اتفاق خاص.

وسلطات المالك مقيدة بالقيود التي ترد على حق الملكية بوجه عام ومن بينها واجب عدم الغلو في استعمال الحق إلى الحد الذي يضر بالجار ضرراً غير مألوف. بل إن أهمية هذا القيد تتجلى بشكل واضح في نطاق ملكية الطبقات والشقق، نظراً للجوار الخاص الذي يربط الملاك بعضهم ببعض. وعلى ذلك لا يجوز لأي منهم أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو أن يغير من شكله أو مظهره الخارجي أو يشوهه.

وعلى كل من الملاك أن يقوم بصيانة ما يكسو أرضية طبقته وسقفها حتى لا يحدث ذلك ضرراً بهذه الأجزاء المشتركة.

في القانون اللبناني:

وتطبق القواعد السابقة في القانون اللبناني بالإضافة إلى بعض الأحكام التفصيلية التي أضافها المرسوم الاشتراعي الصادر في ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣.

فقد اهتم هذا المرسوم بالنص على أن حق المالك يتقيد بالنسبة لكل ما هو ضروري لتآلف وتناسق البناء، حتى ولو كان من الأجزاء غير المشتركة، أي من الأجزاء الخاصة به كأبواب المداخل والشبابيك والبلكونات وغيرها. ولا يكون له أن يقوم بأي تعديل في هذا الصدد إلا بقرار تصدره الجمعية بأغلبية ثلاثة أرباع على الأقل من أصوات المالكين (م ١١ من المرسوم).

ولمالك الطابق أو الشقة أن يتصرف في الطابق أو الشقة دون الرجوع إلى الباقين. وإن تم هذا التصرف فإنه ينصرف كذلك إلى حقه على الأجزاء المملوكة على الشيوع. (م ١٠ من المرسوم) ولا يتقيد سلطة التصرف إلا باتفاق خاص، كان يتفق على عدم التصرف لأجنبي عن ملاك البناء.

وقد نظم القانون اللبناني حق الشفعة في حالة خاصة فقط وبين الشروط الواجب توافرها في هذه الحالة. ويقتصر حق الشفعة على الحالة التي تكون فيها إحدى الطبقات أو الشقق مملوكة على الشيوع لأكثر من مالك وقام أحدهم بالتصرف في حصته بالبيع بيعاً رضائياً إلى أجنبي. ففي هذه الحالة فقط أعطى القانون للشركاء الآخرين حق الشفعة. وقد نصت على هذه الحالة المادة ٧٤ من المرسوم بقولها أنه «مع الاحتفاظ بالحقوق المكتسبة قبل العمل بهذا المرسوم الاشتراعي، لا تطبق عل العقارات الخاضعة لأحكامه، القوانين المتعلقة بالشفعة أو بحق الرجحان، أو أي حق آخر مماثل، **وإنما لكل** شريك في قسم خاص حق الشفعة لشراء الحصة الشائعة التي يراد بيعها بالتراضي من شخص آخر غير شريك، وفاقاً لأحكام الشفعة المنصوص عليها في قانون الملكية العقارية (القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ ١٢/١١/١٩٣٠)» «لا ينشأ حق الشفعة هذا في البيع الحاصل بين الزوجين والأصول والفروع أو الأخوة والأخوات وفروعهم».

وعلى ذلك فإنه يشترط لتطبيق حق الشفعة عدة شروط: ـ

(أولاً) أن يكون القسم الخاص (الشقة أو الطابق) مملوكاً على الشيوع (ثانياً) أن يتم البيع بالتراضي (ثالثاً) أن يكون البيع إلى شخص من غير الشركاء

(رابعاً) ألا يكون هذا البيع قد حصل بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو الأخوة والأخوات وفروعهم ـ حيث أنه لا يثبت حق الشفعة في هذه الحالة.

وإذا توافرت هذه الشروط فإنه يحق لأي من الشركاء الآخرين شراء الحصة الشائعة المبيعة وذلك للحيلولة دون دخول أجنبي عن الشركاء فيما بينهم.

ب ـ الأجزاء المشتركة

ونعرض هنا لنطاقها وحقوق الملاك والتزاماتهم، ثم بعد ذلك نتكلم عن إدارتها.

١ ـ نطاقها وحقوق الملاك والتزاماتهم:

ترد الملكية الشائعة في البناء المكون من طبقات وشقق على الأجزاء المشتركة المعدة لاستعمال الملاك جميعاً.

ولذلك تنص المادة ١/٨٥٦ مدني مصري على أنه «إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه.

وتنص المادة ٧ من المرسوم الاشتراعي رقم ٨٣/٨٨ الصادر بتاريخ ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣ على ما يأتي «أن الأقسام المشتركة، تكون كذلك إما بطبيعتها وإما بحسب تخصيصها: أ ـ تشمل الأقسام المشتركة بطبيعتها، بصورة خاصة ومحتمة. ١ ـ أرض العقار. ٢ ـ هيكل البناء والأساسات والركائز والأعمدة والجدران التي تحمل البناء أو تحمل السقوف. ٣ ـ المداخل والواجهات والسلالم وأقفاصها. ٤ ـ مجاري ومناور التهوئة والمداخن. ٥ ـ المصاعد. ٦ ـ السطوح الأخيرة حسب أحكام قوانين البناء. ب ـ وتشمل الأقسام المشتركة بحسب تخصيصها، كل ما هو مصدر

للاستعمال المشترك، ولا سيما العناصر التالية: ١ ـ الأنفاق والتجاويف والمرائب. ٢ ـ الطرقات والساحات والفسحات والحدائق والممرات والمماشي على اختلافها. ٣ ـ المنشآت الرياضية والسياحية والمنشآت المعدة للتسلية وما شاكلها. ٤ ـ التمديدات على اختلاف أنواعها. ٥ ـ غرف البوابين. وجميع التجهيزات والأجهزة التي تقدم خدمات مشتركة والأماكن التي توجد فيها هذه الأشياء».

يتضح من كل ما تقدم أن العبرة في تحديد الأجزاء المشتركة هي بأن تكون هذه الأجزاء معدة للاستعمال المشترك لجميع الملاك، ما لم يوجد في سند الملك ما يخالف ذلك. وقد اقتصر النص على ذكر الأجزاء المشتركة الهامة، وهذا التعداد وارد على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

ومنعاً لأي لبس قررت المادة ٨٥٦/٣ مدني مصري أن «الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين» وبالتالي لا تعتبر من الأجزاء المشتركة وهذا ما أكده المشرع اللبناني أيضاً في نص المادة ٨ من المرسوم والتي تنص على «أن الحواجز أو الجدران التي تفصل بين قسمين أو أكثر، والتي تعتبر من هيكل البناء، تكون مشتركة بين الأقسام التي تفصلها عن بعضها».

وتعتبر الأجزاء المشتركة مملوكة لملاك الطبقات أو الشقق ملكية شائعة شيوعاً إجبارياً. وهذه الأجزاء تابعة أو ملحقة بملكية الطبقات أو الشقق. ويكون لكل مالك من ملاك الطبقات أو الشقق، في سبيل الانتفاع بملكه، أن يستعمل الأجزاء المشتركة بحرية تامة، وأن ينتفع بها وذلك في حدود الغرض الذي أعدت له وعلى ألا يحول بذلك دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم (م ٨٥٧/ ١ مدني مصري، م ١١/ ١ من المرسوم ٨٨/ ١٩٨٣).

ولا يجوز لأي من ملاك الطبقات والشقق إحداث أي تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك، حتى عند تجديد البناء إلا إذا توافرت شروط أربعة، ١ ـ أن يكون هذا التعديل على نفقته الخاصة. ٢ ـوأن

يكون من شأن هذا التعديل أن يسهل من استعمال تلك الأجزاء. ٣ ـ وألا يكون من شأنه التغيير في تخصيصها. ٤ ـ وألا يكون من شأنه الإضرار بالملاك الآخرين (م ٨٥٧/ ٢ مدني مصري).

في القانون اللبناني لا يجيز إجراء مثل هذا التعديل إلا بقرار من جمعية الملاك بأغلبية ثلاثة أرباع على الأقل من أصوات المالكين (م ١١/ ٢ من المرسوم ٨٨/ ١٩٨٣).

لا يجوز لأي من ملاك الطبقات أو الشقق التصرف فيها أو في بعضها استقلالاً عن الطبقة أو الشقة التي يملكها. وذلك باعتبار أن حق كل مالك يتبع حكماً ملكيته للطابق أو الشقة، ولا ينفصل عنها في جميع الحالات. ولهذا فإن التصرف في الطابق أو الشقة أو الحجز على أي منهما يشمل كذلك الأجزاء المشتركة باعتبارها ملحقة به (٨٥٦/ ٢ مدني مصري، م ١٠/ ١ من المرسوم رقم ٨٨/ ١٩٨٣).

وفي مقابل ذلك يقع على عاتق ملاك الأجزاء المشتركة عدة التزامات. فلا يجوز لأي منهم طلب قسمتها. فهذه الأجزاء لا تقبل القسمة (م ٨٥٦/ ٢ مدني مصري، م ١٠/ ١ من المرسوم). كما يجب أن يشترك كل مالك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها.. وكذلك المصروفات التي تنشأ بسبب الخدمات العامة كمصروفات الإنارة والمياه والنظافة للأجزاء المشتركة، علاوة على أجور العمال الذين يؤدون أعمالاً تعود بالنفع على الجميع، كالحارس. ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التي يملكها، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ٨٥٨/ ١ مدني مصري). لكن إذا تسبب أحد الملاك في زيادة النفقات المشتركة، كان وحده مسؤولاً عنها. لا يحق للمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في هذه التكاليف (م ٨٥٨/ ٢ مدني مصري) وذلك استثناء من القواعد العامة. ويرجع ذلك إلى أن انتفاع المالك بملكيته المفرزة يفترض بالضرورة الانتفاع بالأجزاء المشتركة. ولكنه يستطيع

أن يتخلص من هذا الالتزام إذا هو تخلى عن ملكيته المفرزة وعن حقه على الأجزاء المشتركة.

٢ ـ إدارة الأجزاء المشتركة:

وجود أجزاء مشتركة في البناء معدة للاستعمال الدائم من جانب ملاك هذا البناء يقتضي وجود هيئة تقوم على إدارتها حتى تكفل حسن الانتفاع بها من جانب الجميع.

هذه الهيئة يطلق عليها القانون المصري «اتحاد ملاك طبقات أو شقق البناء الواحد». وتشكل هذه الهيئة من ملاك الطبقات والشقق، فيما بينهم بقصد إدارة الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية.

وتنص المادة ٨٦٢ مدني مصري على أنه «حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق، جاز للملاك أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم. ٢ ـ ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها».

وبمقتضى قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في مصر أصبح هذا الاتحاد وجوبياً إذا جاوز عدد الطوابق أو الشقق خمسة (م ٧٣ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧).

على ذلك فإن ملاك الطبقات والشقق إذا جاوز عددهم خمسة يجب عليهم تكوين اتحاد فيما بينهم لإدارة الأجزاء المشتركة في البناء. ويتكون هذا الاتحاد من جميع الملاك.

ولم يعد الغرض من تكوين الاتحاد قاصراً فقط على إدارة المشتركة في العقارات المبنية، وإنما يجوز أن يكون الغرض من تكوينه بناء العقارات أو شراؤها لتوزيع ملكية أجزائها على الأعضاء.

ويتمتع الاتحاد بالشخصية الاعتبارية بالرغم من عدم النص على ذلك، حيث أن القانون قرر له ذمة مالية مستقلة، ويجيز له التقاضي باسمه عن طريق

من يمثله. وتثبت الشخصية المعنوية للاتحاد بالقدر اللازم لتحقيق الغرض منه وهو القيام بأعمال إدارة الأجزاء المشتركة في البناء.

ـ سلطة اتحاد الملاك:

تنص المادة ٨٦٣ مدني مصري على أن «للاتحاد أن يضع، بموافقة جميع الأعضاء، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته».

ويتضح من هذا النص أن للاتحاد أن يضع لائحة تنظيمية يتبعها لضمان حسن انتفاع الأعضاء بالأجزاء المشتركة وحسن إدارته لهذه الأجزاء. ويجب أن يكون وضع اللائحة بموافقة جميع الأعضاء. ومن ثم لا يجوز تعديلها إلا بموافقة هؤلاء جميعاً. ويرجع ذلك إلى أن هذه اللائحة تتناول الإدارة المعتادة وغير المعتادة.

وبمقتضى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الخاص بإيجار الأماكن أصبح تكوين اتحاد الملاك وجوبياً إذا جاوز عدد الطوابق والشقق خمسة (م ٧٣). وقد نصت المادة ٧٤ من هذا القانون على أن يصدر وزير الإسكان بقرار منه نظاماً نموذجياً لاتحادات ملاك العقارات لضمان الانتفاع بالأجزاء المشتركة، وحسن إدارتها، وبينت المادة ما يجب أن يتضمن هذا النظام. كما أن هذه المادة فرضت على الاتحادات القائمة أن تعدل أوضاعها خلال مدة من تاريخ العمل بقرار الوزير بما يتفق مع أحكامه.

ـ مأمور الاتحاد:

ويكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته. ويعين هذا المأمور بقرار يصدر من الاتحاد بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء. فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية، عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم.

ولا يقتصر عمل المأمور على تنفيذ قرارات الاتحاد، بل عليه إذا

اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ هذه الالتزامات. وهذا كله ما لم يوجد نص في نظام الاتحاد يخالفه (م ٨٨٦/ ١ مدني).

ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء، حتى في مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر (م ٨٨٦/ ٢ مدني).

ويتحدد أجر المأمور بالقرار الصادر من الاتحاد بتعيينه، أو بأمر القاضي الصادر بهذا التعيين (م ٨٦٧/ ١ مدني). ويجوز عزل المأمور بقرار من الاتحاد تتوافر فيه الأغلبية المذكورة، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل (م ٨٦٧/ ٢ مدني).

في القانون اللبناني:

يطلق القانون اللبناني على الهيئة التي تتولى إدارة الأجزاء المشتركة في البناء «جمعية المالكين». ويؤلف مالكو العقار الذي يزيد فيه عدد الأقسام الخاصة عن ثلاثة بقوة القانون جميعة تسمى جميعة المالكين العامة، تتولى إدارة العقار والقيام بما خول لها من أعمال التصرف به حسب الأحكام المحددة في المرسوم رقم ٨٨/ ١٩٨٣ وفي نظام إدارة العقار (م ١٨ من المرسوم).

وتتمتع جمعية المالكين بالشخصية المعنوية في حدود الصلاحيات المخولة لها. (م ٢٠ من المرسوم).

وفي حالة تعدد الأبنية يمكن إنشاء جميعة خاصة لكل منها أو لكل مجموعة منها تؤلف وحدة حسب نظام الإدارة، يكون مهمتها مبدئياً إدارة ما هو تابع لها طبقاً للشروط التي يحددها هذا النظام. وهذه الجمعية الخاصة تكتسب أيضاً الشخصية المعنوية في حدود الصلاحيات المخولة لها.

وعند تنازع السلطات بين الجمعية العامة والجمعية الخاصة أو عند تناقض قراراتها يعرض الأمر على محكمة البداية الواقع في دائرتها العقار

وتفصل فيه بقرار مبرم يتخذ في غرفة المذاكرة بعد الاستماع إلى ممثلي كل منها.

ويجب أن يوضع نظام الإدارة البناء ويتعين تقديمه إلى الدوائر العقارية مع طلب القيد، بشرط أن يكون متضمناً الأحكام المتعلقة بإدارة العقار. على أن تحدد في هذه الأحكام عدة أمور أوردتها المادة ١٢/ جـ من المرسوم على سبيل المثال. ويشترط ألا يتضمن هذا النظام أي نص يتعارض مع أحكام القوانين والأنظمة الإلزامية ولا سيما أحكام قوانين وأنظمة البناء، وإذا ورد، يعتبر غير نافذ حتى بين الأطراف (م ١٣ من المرسوم).

وإذا كان مالك العقار شخصاً واحداً عند القيد أو بمثابة الشخص الواحد، أي الزوج والزوجة والأولاد القصر، فإنه يعتبر بمثابة رئيس الجمعية إلى أن تنشأ الجمعية وينتخب رئيس لها (م ١٦ من المرسوم). ويجوز لطالب القيد، إذا كان لم يكتمل مشروعه بعد، أن يحتفظ بنفسه برئاسة الجمعية بمجرد تصريح منه، ويبقى كذلك حتى إكمال المشروع على ألا تتعدى المدة خمس سنوات (م ١٧ من المرسوم).

وعلى الجمعية العامة فور نشوئها أن تنتخب رئيساً لها بطريق الاقتراع السري، بناء على دعوة ممن له أكبر عدد من الأصوات في القسم المشترك رقم ١. وهذا القسم يشمل أرض العقار والأجزاء والعناصر والمنشآت، وكل ما هو معد للاستعمال المشترك بين جميع مالكي العقار (م ٢/٤ من المرسوم).

ويجوز للجمعية، إذا كانت كثافة أعمالها تقتضي ذلك، أن تنشىء مكتب لها برئاسة الرئيس، يحدد عدد أفراده وتوزيع العمل بينهم وأمورهم عند الاقتضاء، وغير ذلك من أمور، في قرار تتخذه الجمعية. (م ١/٢٢ من المرسوم).

أما الدعوة لانتخاب رئيس الجمعية الخاصة فيقوم بها رئيس جمعية المالكين العامة (م ٢/٢٢ من المرسوم).

ويتولى رئيس الجمعية تنفيذ قراراتها واتخاذ جميع التدابير والإجراءات التي تمنحه الجمعية صلاحية اتخاذها وتنفيذها. ويكون له في جميع الأحوال، تصريف الأمور العادية اليومية والقيام بجميع الإجراءات والأعمال المستعجلة، التي تقتضيها سلامة العقار، وسلامة الغير من الأضرار التي قد تصيبهم بسببه (م ٢٣ من المرسوم).

وقد بين المرسوم بالتفصيل ميعاد انعقاد الجمعية وكيفية عملها واختصاصاتها وكيفية اتخاذ القرارات وغير ذلك من أمور (م ٢٤ ـ م ٤١ من المرسوم).

وإذا وجد مانع يحول دون ممارسة رئيس الجمعية واجباته، أو في حال تخلفه لأي سبب كان عن القيام بهذه الواجبات، يجوز لكل ذي مصلحة أن يتقدم بعريضة إلى رئيس محكمة البداية التابع لها العقار، يشرح فيه الوضع، ويطلب تعيين رئيس مؤقت من بين المالكين يقوم بالمهام، ويدعو هذا إلى اجتماع خلال مهلة شهر على الأكثر للنظر في الأمر وانتخاب رئيس عند الاقتضاء (م ٤٢ من المرسوم).

وقد بين المرسوم واجبات وسلطات رئيس الجمعية تفصيلاً في المواد من ٤٣ ـ ٤٨ من المرسوم).

ويجوز **تعديل هذا النظام** بأغلبية ثلاثة أرباع على الأقل من أصوات الملاك فيما عدا حالتين يستلزم بصددهما الإجماع. ١ ـ حالة تعديل نسب حقوق الأقسام الخاصة في الأقسام المشتركة وواجباتها تجاهها. ٢ ـ تغيير وجهة استعمال القسم الخاص وشروط الانتفاع به (م ٤٩ من المرسوم).

وقد جعل المشرع تعيين **مجلس للجمعية** جوازياً إذا كان عدد الأقسام الخاصة لا يزيد عن خمسين قسماً. وفي هذه الحالة يجوز بناء على طلب رئيس الجمعية أن تنتخب مجلساً لها من بين المالكين أو أزواجهم أو ممثليهم الشرعيين أو القانونيين. بشرط ألا يقل عن ثلاثة ولا يزيد عن إثني عشر عضواً. تكون مهمته مساعدة رئيس الجمعية وإعطاءه الرأي ومراقبة أعماله.

(م ٥٠ من المرسوم).

ويكون مجلس الجمعية إلزامياً عندما يكون عدد الأقسام الخاصة أكثر من خمسين قسماً. (م ٥١ من المرسوم).

وفي **المشاريع غير السكنية**، أو التي تغلب فيها الصفة غير السكنية، يجوز لجمعية الملاك العامة أن تنتخب **مجلس إدارة** يؤلف من ثلاثة أعضاء على الأقل وإثني عشر على الأكثر لإدارة العقار. وفي هذه الحالة تنتهي ولاية رئيس الجمعية حكماً وعلى مجلس الإدارة أن يعين أحد أعضائه للرئاسة، ويمكن أن يكون رئيس الجمعية (م ٦١ من المرسوم) والأصل ألا يتقاضى رئيس ومجلس الإدارة أجراً على القيام بمهامهم ما لم ينص النظام على خلال ذلك (م ٦٢ من المرسوم) ويجب أن يكون رئيس وأعضاء مجلس الإدارة من المالكين وألا تتجاوز مدة ولايتهم ثلاث سنوات، قابلة للتجديد (م ٦٣ من المرسوم).

وبين الفصل الخامس من المرسوم اختصاصات مجلس الإدارة وكيفية ممارسة مهامه وسلطاته وعلاقته بجمعية الملاك.

ثانياً: ملكية السفل وملكية العلو

هذه الملكية تفترض الملكية المفرزة لكل من الملاك تشمل جزء من هيكل البناء ذاته، فيملك كل منهم وحده دون غيره سقف طبقته والجدران المحيطة بها، ويكون للعلو على السفل حق القرار. وهذه الصورة أخذت تتضاءل أهميتها في الوقت الحاضر نتيجة لانتشار العمارات الكبيرة، وبناؤها وفقاً للطرق الحديثة في العمارة، في الوقت الذي ساد فيه نظام الملكيات المفرزة والشيوع الإجباري لملاءمته أكثر في الوقت الحاضر.

وحق القرار على السفل يعتبر حقاً عينياً، حيث أنه يرد مباشرة على الشيء ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء. ولكن هذا الحق يتميز عن غيره من الحقوق العينية بأنه يتضمن بذاته فرض التزامات إيجابية على

عاتق صاحب السفل، كما أن هذا الحق له حدود يجب الالتزام بها وهذا موضوعات الفقرات الآتية.

أ ـ التزامات صاحب السفل:

يقع على عاتق صاحب السفل الالتزامان الآتيان:

١ ـ القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. وقد نصت المادة ٨٥٩ مدني على هذا الالتزام بفعلها أنه «١ ـ على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. ٢ ـ فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل. ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة».

لكن هذا النص لا يمنع من أن يطلب صاحب العلو الإذن له بالقيام بترميم السفل على نفقة صاحبه بدلاً من بيعه طبقاً للقواعد العامة (م ٢٠٩ مدني) حيث أن ذلك لا حاجة فيه إلى نص خاص. كما أن قاعدة جواز بيع السفل مقرر لمصلحة صاحب العلو فيكون له الخيار بالتمسك بهذه القاعدة أو التمسك بالقواعد العامة.

٢ ـ تجديد البناء في حالة انهدامه؟ قد نصت المادة ١/٨٦٠ مدني مصري على أنه «إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله. فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه».

ويشترط بداهة ألا يكون انهدام البناء راجعاً إلى خطأ صاحب العلو، فإذا حدث ذلك وجب عليه تعويض صاحب السفل ولا يلزم صاحب السفل بإعادة بناء سفله. لكن إذا أعاد بناءه من تلقاء نفسه كان لصاحب العلو، إذا كان قد أوفى بالتعويض، أن يستعمل حقه في القرار فيعيد بناء علوه. أما إذا كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو، فإن على صاحب السفل إعادة بناء سفله سواء كان الانهدام بخطئه أو كان بسبب أجنبي، ويلزم في حالة الخطأ بتعويض صاحب العلو طبقاً للقواعد العامة. ويشترط لقبول دعوى صاحب

العلو بإعادة بناء السفل بأن يكون البناء قد انهدم فعلاً.

وإذا انهدم البناء فعلاً بغير خطأ صاحب العلو، فامتنع صاحب السفل عن إعادة بناء سفله، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقته الخاصة. والخيار هنا يكون لصاحب العلو. فإن طلب بيع السفل أمر القاضي بالبيع، ويكون الثمن من حق صاحب السفل الذي بيع عليه ملكه، ويصبح المشتري هو الملتزم بإعادة البناء. وإن طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه تعينت إجابته إلى طلبه ولا يجوز للقاضي أن يأمر ببيع السفل، لأن ذلك يعد طريقاً استثنائياً.

فإذا أعاد صاحب العلو بناء السفل، كان له أن يحبس السفل عن صاحبه إلى أن يوفى له ما أنفقه تطبيقاً للقواعد العامة في حق الحبس (م ٢٤٦ مدني مصري)، وقد حرص المشرع على النص على ذلك صراحة في المادة ٢/٨٦٠ مدني والتي تنص على أن «لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته. ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه».

وقد أعطى المشرع صاحب العلو، خلافاً للقواعد العامة في الحق في الحبس، استعمال السفل أو تأجيره استيفاء لحقه. وفي هذه الحالة يحدد القاضي أجرة المثل التي يؤجر بها السفل أو يلتزم لها صاحب العلو في مقابل السكنى، وتخصم الأجرة التي يقبضها صاحب العلو أو تستحق عليه من دين صاحب السفل.

ب ـ التزامات صاحب العلو:

تنص المادة ٨٦١ مدني على أنه «لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل» وظاهر النص يفيد أن لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بأن يضيف إليه طبقات جديدة إذا كان ذلك لا يضر بالسفل، بأن كانت الجدران والأساسات صالحة لتحمل العبء الجديد. غير أن حق القرار قد يثبت لصاحب العلو مقيداً بارتفاع معين، وفي هذه الحالة لا تصح

له التعلية فيما يجاوز هذا الارتفاع ولو كان ذلك لا يضر بالسفل.

كما يمتنع على صاحب العلو تحميل السقف بثقل لا يحتمله، كأن يضع بضائع أو أشياء ثقيلة لا تحتملها أخشاب السقف. كما أن عليه التزام بصيانة سطح أرضية طبقته حتى لا تنكشف فيترتب على ذلك الإضرار بالقاعدة المكونة لسقف السفل .

الباب الثاني
الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية

تمهيـــد

سنتولى في هذا الباب دراسة الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية. هذه الحقوق تقتطع بعض سلطات المالك لتقررها لحساب شخص آخر غير المالك.

في القانون المصري عرض المشرع للحقوق المتفرعة عن الملكية في الباب الثاني من الكتاب الثالث من التقنين المدني الخاص بالحقوق العينية الأصلية. فخصص الفصل الأول لحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى. والفصل الثاني لحق الحكر. والفصل الثالث لحق الارتفاق.

في القانون اللبناني[1]، نظم المشرع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية على نحو يقابل أو يقرب من القانون المصري. لكن المشرع اللبناني نظم أنواع من الحقوق العينية الأصلية لا يوجد ما يقابلها في القانون المصري، كحق التصرف (م ١٤ ـ ١٩ من قانون الملكية العقارية) وحق السطحية (م ٢٨ ـ ٣١ ملكية عقارية)، وحق الواعد في حالة الوعد ببيع عقار (م ٢٢١ ملكية عقارية). وقد ألغى المشرع حق الإجارتين بمقتضى تنظيم

(١) انظر عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٦٤٣ ص ٣٨. وما بعدها توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٢٤ ص ٣٤٧ وما بعدها. مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ٧٩ وما بعدها.

الوقف الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧. وكذلك ألغى القانون حق الإجارة الطويلة. أما عن حق الأفضلية على الأراضي الخالية المباحة، فهو يرد على الأراضي الموات، وهي مملوكة للدولة. والواقع أن هذا الحق لا يستقل عن حق التصرف على النحو الذي سوف نراه ـ ولذلك ستقتصر على دراسة حق التصرف، وحق الإجارة العينية أو حق المساقاة الذي أضافه المشرع اللبناني بالقرار ١٢ ل.ر في ١٦ كانون الثاني ١٩٣٤، وحق السطحية. وذلك فيما يتعلق بالحقوق الخاصة بالقانون اللبناني.

خطة الدراسة: تنقسم الدراسة في هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر

الفصل الثاني: حق الارتفاق

الفصل الثالث: الحقوق المتفرعة عن الملكية في القانون اللبناني.

الفصل الأول
حق الانتفاع وحق الاستعمال
والسكنى وحق الحكر

نتولى في هذا الفصل في ثلاثة مباحث على التوالي، حق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الحكر.

المبحث الأول: حق الانتفاع

في هذا المبحث نعرض للتعريف بحق الانتفاع، ثم نبين بعد ذلك أحكامه، وأخيراً انقضاء حق الانتفاع.

المطلب الأول: التعريف بحق الانتفاع

ويشمل التعريف بحق الانتفاع بيان ماهيته، وخصائص، ومصادره.

أولاً: ماهية حق الانتفاع:

لم يرد في التقنين المدني المصري تعريف لحق الانتفاع Usufruit ولكن المشرع اللبناني قد عرفه في المادة ١/٣٢ من قانون الملكية العقارية على غرار التعريف الوارد في المادة ٥٧٨ مدني فرنسي. وقد نصت المادة ١/٣٢ ملكية عقارية على أن «الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير، وبالتمتع به، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع» ويمتاز هذا

التعريف عن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي في المادة ٥٧٨ مدني فرنسي بأمرين: **الأول**: أنه تضمن عنصري حق الانتفاع، وهما الاستعمال والاستغلال. **والثاني**: أن أظهر عينية حق الانتفاع، وتأقيته من حيث كونه ينتهي حتماً بموت المنتفع.

يتضح مما تقدم أن حق الانتفاع هو الحق العيني الذي يخول صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله في مقابل المحافظة عليه ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، والذي ينتهي حتماً بموت المنتفع».

وحق الانتفاع يندر الالتجاء إليه في الحياة العملية. ولكن نصادف حق الانتفاع غالباً في الحياة العملية بصدد الوصية المستترة في شكل تصرف منجز، كبيع أو هبة، للتحايل على أحكام الوصية. حيث يبيع أو يهب شخص مالاً معيناً لآخر مع احتفاظ البائع أو الواهب بحق الانتفاع طول حياته. وقد اعتبر المشرع مثل هذا التصرف تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وأخضعه لأحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك (م ٩١٧ مدني مصري).

ثانياً: خصائص حق الانتفاع:

يتضح لنا من التعريف السابق أن حق الانتفاع حق عيني، يرد على شيء مملوك للغير، وأنه حق مؤقت، لا يجوز إنشاءه لصالح أشخاص معنويين في القانون اللبناني.

(١) حق الانتفاع حق عيني:

حق الانتفاع حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية بأن يقتطع من سلطات المالك، سلطة الاستعمال والاستغلال وتمنح لشخص آخر غير المالك.

ويثبت لحق الانتفاع باعتباره حقاً عيناً جميع خصائص الحق العيني. فهو يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الإفادة من منافع الشيء دون وساطة من آخر. كما يكون له حق الأفضلية والتتبع. وهو بذلك يختلف عن حق المستأجر الذي يعتبر حقاً شخصياً. فالمستأجر دائن

للمؤجر، فلا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر، الذي يقع على عاتقه التزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين.

ويترتب على ذلك أنه إذا ورد حق الانتفاع على عقار، اعتبر مالاً عقارياً، وبالتالي يجوز رهنه رهناً رسمياً، ومن ثم يخضع للشهر. كل ذلك مع الأخذ في الاعتبار الطبيعة المؤقتة لحق الانتفاع. على العكس من ذلك حق المستأجر يعتبر مالاً منقولاً، ولو كانت العين المؤجرة عقاراً، فلا يجوز رهنه رهناً رسمياً، وللمنتفع بعقار أن يدافع عن حيازته لحقه بجميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص في ذلك. أما المستأجر فإنه يستعمل دعاوى الحيازة للدفاع عن حقه الشخصي على سبيل الاستثناء وبناء على نص خاص (م ٥٧٥ مدني مصري، م ٢٣ أصول محاكمات مدنية لبناني).

يخول حق الانتفاع لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال دون سلطة التصرف التي يحتفظ بها المالك. ولذلك يبقى للمالك ملكية الرقبة والتي تخول له سلطة التصرف في الشيء، ويكون للمنتفع سلطة الاستعمال والاستغلال فقط.. ولهذا يختلف حق المنتفع عن حق الشريك في الشيوع الذي تكون له كل سلطات الملكية على الشيء الشائع ولكن في حدود حصته.

٢ ـ حق الانتفاع يرد على شيء مملوك للغير:

حق الانتفاع يرد على شيء مملوك للغير. يستوي أن يكون هذا الشيء منقولاً أو عقاراً. والقانون المصري واضح في هذا الصدد، حيث يتكلم عن الانتفاع على عقار أو المنقول. كل ما هنالك إذا تقرر الانتفاع على منقول فإنه يجب جرد المنقول وتقديم كفالة به (م ٩٩٢ مدني مصري). وكذلك القانون الفرنسي يجيز أن يكون محل حق الانتفاع منقولاً أو عقاراً (م ٥٨١ مدني فرنسي).

في القانون اللبناني قد عالج المشرع حق الانتفاع ضمن قانون الملكية

العقارية، إلا أن من المسلم كذلك أن حق الانتفاع يمكن أن يرد على المنقول كما يرد على العقار.

حق الانتفاع تقتضي طبيعته أن يرد على شيء غير قابل للاستهلاك، حيث أن المنتفع يلتزم بالمحافظة على الشيء ورده في نهاية الانتفاع. وعلى ذلك إذا تقرر حق الانتفاع على أشياء لا يمكن استعمالها إلا باستهلاكها، كالنقود والغلال، فإن مقتضى ذلك أن تنقل ملكية الشيء إلى المنتفع لأن استهلاكها يعني التصرف فيها، وهذا لا يكون إلا لمالك الشيء، في هذه الحالة يكون للمنتفع استعمال الشيء باستهلاكه مع الالتزام برد بدله عند انتهاء حقه في الانتفاع.

لكن هل يجوز لحق الانتفاع أن يتقرر على أشياء غير مادية؟ من الفقهاء من يرى أن حق الانتفاع يمكن أن يتقرر على كل شيء مادي أو معنوي، طالما كان من الممكن أن يخول للمنتفع منفعة اقتصادية. وهذا الرأي يتفق مع التطور الحديث حيث أن القيم المنقولة وبراءات الاختراع وغيرها من الـ Know How قد اكتسبت أهمية كبيرة وأصبحت أسعارها مرتفعة ولذلك ليس هناك ما يمنع من تقرير حق انتفاع عليها حيث أن ذلك يحقق مصلحة للمنتفع حيث التكنولوجيا غالباً ما تتقادم بسرعة. ومع ذلك هناك بعض الفقهاء من يرى أن الانتفاع الذي يرد على أموال غير مادية لا يمكن أن يوصف بأنه حق عيني. وهذا الرأي لم يعد يتلاءم مع التطورات الحديثة.

٣ ـ حق الانتفاع حق مؤقت:

وصفة التأقيت راجعة إلى طبيعة حق الانتفاع ذاته باعتباره حقاً متفرعاً عن الملكية. فحق الانتفاع يترتب عليه تجزئة عناصر الملكية، وهذا وضع استثنائي، إذ المفروض أن تتجمع تلك العناصر في يد شخص واحد. ولذلك اكتسب حق الانتفاع صفة التأقيت، بمعنى أنه ينتهي إما بحلول الأجل المحدد له، أو بوفاة المنتفع أيهما أقرب. وبالتالي فحق الانتفاع لا ينتقل إلى الورثة.

ونتيجة لذلك فإن حق الانتفاع يسقط أيضاً بعدم الاستعمال متى مضت

المدة التي يستلزمها القانون لذلك (م ٩٩٥ مدني مصري) وذلك حتى تتجمع عناصر الملكية في يد المالك. ولم يوجد نص مقابل لذلك في القانون اللبناني.

٤ ـ لا يجوز تقرير الانتفاع للأشخاص المعنوية في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢/٣٢ ملكية عقارية على أنه «لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص معنويين». وعلى ذلك فإن حق الانتفاع لا يتقرر في القانون اللبناني إلا للأفراد، أي الأشخاص الطبيعيين فقط. وذلك بخلاف ما هو مقرر في القانون الفرنسي والقانون المصري.

ويبدو أن علة هذا الحظر ترجع إلى الخشية من تأبيد هذا الحق أو بقاءه لمدة طويلة على خلاف طبيعته، نظراً لطول بقاء الشخص المعنوي. ولكن كان يمكن مواجهة ذلك عن طريق تحديد مدة لا يصح أن يتجاوزها قيام حق الانتفاع إذا تقرر لأشخاص معنويين. وهذا ما نصت عليه المادة ٦١٩ مدني فرنسي بقولها أن «حق الانتفاع الذي لم يتقرر للأفراد لا يدوم إلا ثلاثين عاماً».

ثالثاً: مصادر حق الانتقاع

تنص المادة ٩٨٥ مدني مصري على أن «١ ـ حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم. ٢ ـ ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن».

وتنص المادة ٣٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن «ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان، ويمكن إنشاؤه إلى أجل أو بشرط».

وعلى ذلك فإن حق الانتفاع ينشأ من التصرف أو العمل القانوني، سواء كان هذا التصرف عقداً أو وصية. كما ينشأ حق الانتفاع عن طريق الشفعة أو عن طريق التقادم.

١ ـ اكتساب حق الانتفاع بالتصرف القانوني. يكتسب هذا الحق عن طريق العقد أو عن طريق الوصية.

ـ عن طريق العقد ويتم ذلك عن طريق الاتفاق على إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفاع بالشيء واحتفاظ المالك بسلطة التصرف في الشيء. وقد يتم ذلك عن طريق البيع أو المقايضة أو الهبة أو في حالة القسمة. وقد يتفق المالك في عقد من العقود الناقلة للملكية على نقل ملكية الرقبة للشيء والاحتفاظ بحق الانتفاع. ويستوي أن يكون العقد بعوض أو بدونه. ويجوز أن يكون حق الانتفاع منجزاً أو مضافاً إلى أجل، أو يكون باتاً أو معلقاً على شرط واقف أو فاسخ. كما يجوز أن يتضمن العقد شرط مانع من التصرف في حق الانتفاع على النحو السابق بيانه.

ـ عن طريق الوصية. فقد تكسب الوصية حق الانتفاع بطريق مباشر، كأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين، فتبقى ملكية الرقبة للورثة، أو أن يوصى بملكية الرقبة لشخص ويحق الانتفاع لشخص آخر. وقد تكسب الوصية حق الانتفاع بطريق غير مباشر، فتكون الوصية منشئة لملكية الرقبة، حيث يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين، فيبقى للورثة حق الانتفاع.

ويحوز الوصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية. كأن يوصي مالك العين بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب، بحيث إذا انتهى حق الانتفاع لأحدهم نشأ حق انتفاع جديد للذي يليه يستمد مباشرة من الوصية وليس من المنتفع الذي سبقه. كما يجوز أن يوصى بحق الانتفاع للحمل المستكن وذلك بشرط أن تتم ولادته حياً.

٢ ـ اكتساب حق الانتفاع عن طريق الشفعة (م ٩٣٦ مدني مصري، ٢٣٩٢ ملكية عقاري لبناني): ـ تكون الشفعة سبباً لكسب حق الانتفاع إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة أو بعضه، إذ يحق لمالك الرقبة أن يأخذ حق

الانتفاع المبيع المقرر على عقاره بالشفعة فتخلص له الملكية التامة. كما أنه إذا كان حق الانتفاع شائعاً بين شخصين أو أكثر وباع أحدهم حصته الشائعة لأجنبي فإنه يحق لأي شريك آخر في الشيوع أن يأخذ الحصة المبيعة بالشفعة، ما لم يأخذها مالك الرقبة لأنه مقدم في المرتبة عند التزاحم بين الشفعاء.

٣ ـ اكتساب حق الانتفاع بالتقادم أو الحيازة: من المتصور نظرياً كسب حق الانتفاع بعقار أو منقول بالتقادم الطويل. كأن يحوز شخص بسوء نية حق الانتفاع بعقار أو منقول مدة خمس عشرة سنة. أو يتلقى شخص هذا الحق بسوء نية من غير مالك ويظل حائزاً له هذه المدة.

لكن من الناحية العملية لا يقنع الحائز في هذه الفروض بادعاء كسب حق الانتفاع وإنما يستطيع الادعاء بكسب حق الملكية ذاته حيث أن الأعمال اللازمة لمباشرة الحق موضوع الحيازة لا تختلف بالنسبة إلى حق الملكية عنها بالنسبة لحق الانتفاع.

ومع ذلك فإنه من المتصور عملاً كسب حق الانتفاع بعقار بالتقادم المكسب القصير. وذلك حين يتلقى شخص بحسن نية وبسبب صحيح حق الانتفاع بعقار من غير مالكه ويظل حائزاً لهذا الحق مدة خمس سنوات، فيكسب حق الانتفاع بالتقادم القصير.

وإذا تعلق الأمر بمنقول فإن حيازة حق الانتفاع عليه بحسن نية وبسبب صحيح يكسب الحائز هذا الحق (م ٩٧٦/١ مدني مصري). تطبيقاً لذلك إذا تلقى شخص بحسن نية حق الانتفاع بمنقول من غير مالكه فإنه يكسب هذا الحق بمجرد الحيازة.

في القانون اللبناني لا يجوز أن يكسب بالتقادم حق الانتفاع بعقار إلا على العقارات غير الممسوحة، وهي التي لم تسجل في السجل العقاري.

المطلب الثاني: أحكام حق الانتفاع

ونعرض هنا لحقوق المنتفع وسلطاته، ثم نبين بعد ذلك ما يقع على عاتقه من التزامات. ومصدر هذه الحقوق الالتزامات أساساً السند الذي أنشأ حق الانتفاع. علاوة على ذلك قد قرر القانون في هذا الصدد أحكاما معينة. ولنر كل ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: حقوق المنتفع وسلطاته:

أ ـ حق الاستعمال والاستغلال:

يقوم حق الانتفاع على تجزئة حق الملكية، فيحتفظ المالك بملكية الرقبة، ويكون له بمقتضاها سلطة التصرف، وينتقل إلى المنتفع حق الاستعمال والاستغلال. هذان هما اللذان يتكون منهما حق الانتفاع.

١ ـ حق الاستعمال: للمنتفع بمقتضى هذا الحق أن يستعمل الشيء محل حق الانتفاع استعمالاً شخصياً في كل ما أعد له[1] فإذا كان حق الانتفاع يرد على بناء كان للمنتفع أن يستعمله بنفسه فيسكنه، وإذا كان أرضاً زراعية، فيكون له زراعتها.

ويمتد حق المنتفع إلى ملحقات الشيء التابعة له عند بدء الانتفاع، فيكون له ما للمالك على شيء من حقوق، أي له أن يستعمل الشيء كما لو كان مالكاً له ولكن في حدود الغرض الذي أعد له الشيء. وتطبيقاً لذلك يكون للمنتفع أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المنتفع بها، كحق المرور أو الشرب أو المجرى أو المسيل. ويكون له أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشيء، سواء كانت هذه المنقولات عقارات بالتخصيص كالآلات الزراعية المرصودة من جانب المالك لخدمة الأرض، أو لم تكن كذلك.

(١) نقض المادة ١/٩٨٨ مدني مصري على ما يأتي «على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة».

كما يشمل حق الاستعمال حق الصيد والقنص، فيحون للمنتفع أن يمارس هذا الحق. وذلك ما لم يكن المالك قد سبق له تأجير هذا الحق، حيث يجب على المنتفع أن يحترم حق المستأجر، ولكن الأجرة تكونُ من حق المنتفع طول مد الانتفاع.

وقد نصت المادة ٣٩ ملكية عقارية على ذلك بقولها «للمنتفع حق الاستعمال أي استخدام العقار لمنفعته الذاتية أو لمصلحته الشخصية ويذهب هذا الحق إلى المدى الذي يذهب إليه حق صاحب الملك ويشتمل حق استعمال الارتفاق، حق الصيد والقنص، ما لم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع».

وعلى المنتفع أن يستعمل الشيء على هذا النحو بشرط إلا يسيء استعماله، فيستعمله استعمالاً غير مشروع، أو استعمالاً غير متفق مع طبيعته، وإلا كان للمالك أن يعترض على ذلك (م ٩٨٨/ ٢ مدني مصري).

٢ ـ حق الاستغلال: للمنتفع أن يقوم بالأعمال اللازمة للحصول على ثماره دون منتجاته.

وقد سبق أن فرقنا بين الثمار والمنتجات. وليس هناك ما يمنع من أن نذكر به. فالثمار هي بحسب الأصل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء. كنتاج الماشية ومحاصيل الأرض وأجرة المنزل أو فوائد النقود. أما المنتجات فهي ما يغله الشيء في مواعيد غير دورية ويترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء، كالمواد التي تستخرج من مناجم أو محاجر لم تعد للاستغلال، والأشجار التي تقطع من غابات لم يتم إعدادها لذلك. وتصبح هذه المنتجات ثماراً إذا أعد المالك الشيء، المحجر أو المنجم أو الغابة، للاستغلال بحيث صار مصدراً لدخل دوري منتظم، ولو أنها تنتقص من أصل الشيء. وسبق أن قسمنا الثمار إلى ثمار طبيعية وهي التي تتولد عن الشيء بفعل الطبيعة كنتاج الماشية، وثمار مستحدثة أو صناعية وهى التي تنتج من تدخل الإنسان

كمحاصيل الحقول، والثمار المدنية وهي ما يغله الشيء من دخل نقدي، كأجرة المنازل والأراضي.

والقاعدة في كل ذلك أن للمنتفع الحق في الثمار جميعها، أما المنتجات فتبقى من حق المالك.

وقد نصت على ذلك المادة ٤٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني بقولها أن «للمنتفع الحق بغلة العقار أي بالحاصلات الطبيعية أو النقدية التي يغلها العقار في فترات معينة منتظمة بدون إنقاص في جوهر العقار، ويدخل في هذه الحاصلات بدل تأجير حق الصيد والقنص» «ويدخل في حكم الغلال حاصلات المناجم المستورة والمكشوفة والمقالع إذا كانت هذه الحاصلات عائدة لصاحب العقار بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع، والأشجار إذا كانت تغل بآجال منتظمة لاستهلاك حطبها أو بيعها».

ـ طريقة كسب الثمار:

تنص المادة ٩٨٧ مدني مصري على أن «تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣» وتنص المادة ٩٩٣/٢ مدني على أنه «إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن».

يتضح من ذلك أن القاعدة هي أن ثمار الشيء المنتفع به تكون من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه. وقد خرج المشرع على هذه القاعدة في حالة ما إذا كانت الأرض مشغولة بزرع قائم عند نهاية الانتفاع.

بالنسبة للثمار المدنية، تطبق القاعدة دون أدنى صعوبة، إذ أنه من اليسير أن يحسب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار. فإذا كان الشيء المنتفع به أرضاً زراعية أو داراً مؤجرة، فإنه يحق للمنتفع أن يأخذ من الأجرة مقابل مدة انتفاعه. ونعرض لعدة فروض: ـ

ـ إذا بدأت الإجارة وانتهت خلال مدة الانتفاع فليس هناك أدنى مشكلة، إذ تكون الأجرة كلها للمنتفع.

ـ إذا بدأت الإجارة قبل بدء الانتفاع، وانتهت أثناء الانتفاع كما إذا كانت مدة الإجارة ثلاث سنوات، وبدأ الانتفاع بعد مضي سنة من هذه المدة، كانت أجرة هذه السنة من حق المالك، ويأخذ المنتفع أجرة السنتين الباقيتين.

ـ إذا انتهى حق الانتفاع نفسه بعد مضي سنة من هذه الإجازة، كانت أجرة هذه السنة من حق المنتفع، ويأخذ المالك أجرة السنتين الباقيتين.

أما بالنسبة للثمار الطبيعية أو الصناعية قد تعرض بعض الصعوبات عند تطبيق هذه القاعدة. وقد واجه المشرع هذه الفروض بعدة حلول: ـ

ـ أن كل ما يتم إنتاجه وانفصاله من هذه الثمار خلال مدة الانتفاع يكون من حق المنتفع.

ـ إذا كانت هذه الثمار قائمة وقت بدء الانتفاع ولم يتم جنيها إلا بعد فترة من قيام الانتفاع، يستحق المنتفع من هذه الثمار بنسبة مدة انتفاعه. فإذا كان هناك زرع قائم في الأرض عند بدء الانتفاع، فتحسب المدة التي تظل الأرض مشغولة فيها بالزرع ولنفرض أنها ستة أشهر، فيأخذ المالك من المحصول بنسبة الفترة السابقة من هذه المدة على بدء الانتفاع ولتكن شهرين، ويأخذ المنتفع من المحصول بنسبة الفترة اللاحقة وهي أربعة أشهر، أي يوزع المحصول بينهما بنسبة ١:٢ ويشترط في هذه الحالة أن يساهم المنتفع في نفقات البذر والسماد والعمل بنسبة حصته.

ـ إذا كانت هذه الثمار قائمة عند انتهاء الانتفاع، كأن يكون في الأرض قائم عند انتهاء الانتفاع، فتترك الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع .وفي مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجرة الأرض عن الفترة اللاحقة لانتهاء الانتفاع.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٤١ ملكية عقارية على أنه «في بدء الانتفاع وعند نهايته يصير توزيع الغلال التي لا تكون قد جمعت بعد أو ما كان باقياً منها بدون جمع بين المنتفع وصاحب العقار بنسبة المدة التي كان فيها حق الانتفاع قائماً والمدة التي لم يكن قائماً فيها، مع مراعاة زمن إنتاج

الغلال السنوي أو غير السنوي. وليس لصاحب العقار على المنتفع، ولا للمنتفع على صاحب العقار حق استرداد شيء من نفقات الحراثة، وإنما يحسب له ثمن الأسمدة والبذار التي تكون قد استعملت لتحضير الغلة عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته».

ويتضح من ذلك أن القانون اللبناني يأخذ بنفس القاعدة السابقة، والتي تقضي بأن تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه، مع فارق واحد وهو أن هذه القاعدة مطلقة التطبيق على كل يالفروض السابقة، وسواء بالنسبة للثمار المدنية أو الطبيعية أو الصناعية.

ويظهر هذ الفارق بين القانونين واضحاً في الفرض الذي يكون فيه الزرع قائم في الأرض عند انتهاء الانتفاع، ففي هذا الفرض يحسب أيضاً المدة التي تظل الأرض فيها مشغولة بالزرع، ويأخذ المنتفع من المحصول بنسبة الفترة السابقة من هذه المدة على انتهاء الانتفاع، ويأخذ المالك من المحصول بنسبة الفترة اللاحقة. وفي جميع الأحوال فإن أياً من المالك والمنتفع لا يأخذ من الآخر سوى ثمن البذار والسماد دون نفقات الحراثة، وهذا استبعاد ليس له ما يبرره، إذ التعويض يجب أن يتضمن ثمن البذور والسماد والعمل.

ب ـ سلطات المنتفع:

في سبيل تمكين المنتفع من ممارسة حقه في الانتفاع بالشيء، له أن يقوم بأعمال الإدارة التي يتطلبها الانتفاع بالشيء. وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف بالنسبة إلى حقه في الانتفاع. كما له أخيراً أن يباشر الدعاوى اللازمة لحماية حقوقه.

١ ـ أعمال الإدارة: للمنتفع أن يقوم بكل ما يلزم الإدارة الشيء المنتفع وبما يتفق مع طبيعته في الحدود التي تمكنه من ممارسة حقه في الانتفاع. وأهم هذه الأعمال على الإطلاق هو إيجار الشيء المنتفع به، حيث أن للمنتفع أن يؤجر حقه في الانتفاع لاستثماره والحصول على أجرته.

ـ ويجب أولاً أن نتعرف على حكم الإيجار الذي يصدر من المالك قبل بدء الانتفاع. هذا الإيجار يسري في حق المنتفع. ويشترط في هذا الإيجار أن يكون له تاريخ ثابت قبل تقرير الانتفاع، كما ينبغي أن يكون بريئاً من الغش. وإذا كانت مدة إيجار العقار تزيد على تسع سنوات (م ١١ من قانون الشهر العقاري)، (ثلاث سنوات في القانون اللبناني) فلا تسري في حق المنتفع إلا إذا كان الإيجار مسجلاً.

وقد نص المشرع اللبناني صراحة على حكم الإيجار الصادر من المالك قبل بدء الانتفاع في المادة ٤٢ ملكية عقارية بقوله «على المنتفع أن يحترم الإيجارات التي يكون قد عقدها صاحب العقار قبل الانتفاع» ويجب أن تتوافر الشروط السابق ذكرها هنا أيضاً.

ـ أما بالنسبة للإيجار الذي يصدر من المنتفع فقد نص المشرع على حكمه.

تنص المادة ٥٦٠ مدني مصري على أن «الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة ينقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة».

يتضح من ذلك أن للمنتفع، في سبيل استغلاله العين التي يرد عليها حقه في الانتفاع، أن يؤجر حقه طول مدة الانتفاع أياً كانت هذه المدة. لكن هذا الإيجار ينقضي في جميع الأحوال بانتهاء الانتفاع، سواء كان ذلك لانقضاء مدة الانتفاع أو لموت المنتفع أو لأي سبب آخر. وهذا حكم تمليه القواعد العامة، فمحل الإيجار، وهو الانتفاع، قد انقضى فلا مجال عندئذ لبقاء هذا الإيجار. ومع ذلك إذا انتهى الإيجار في هذه الحالة قبل انقضاء مدته، فإنه يجب على المالك أن ينبه عليه بالإخلاء في المواعيد المقررة في المادة ٥٦٣ مدني مصري. وإذا كانت العين المؤجرة أرضاً زراعية، فلا يجوز إخراج المستأجر منها قبل نقل محصولات السنة (م ٦١٧ مدني مصري).

في القانون اللبناني تنص المادة ٤٢ ملكية عقارية على ما يأتي: «أما الإيجارات التي يعقدها المنتفع فإنها لا تسري على صاحب العقار بعد ثلاث

سنوات من نهاية الانتفاع» وتنص المادة ١/٥٤١ موجبات وعقود على نفس هذا الحكم.

يتضح من ذلك أن للمنتفع أن يؤجر حقه طول مدة الانتفاع أياً كانت مدة هذا الإيجار. فالإيجار في هذه الحالة، على خلاف القواعد العامة، لا ينقضي بانتهاء الانتفاع بل يظل قائماً ونافذاًفي حق المالك لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات بعد انتهاء الانتفاع. وتصبح العلاقة حينئذ بين المستأجر والمالك طوال هذه المدة، وتنتهي بذلك علاقة المستأجر بالمنتفع. وبعد مضي هذه المدة، وهي ثلاث سنوات من انتهاء الانتفاع ينقضي هذا الإيجار.

وإذا كان الإيجار الصادر من المنتع ينقضي بانتهاء حق الانتفاع في القانون المصري وبمضي ثلاث سنوات من انتهاء الانتفاع في القانون اللبناني إلا أن هذا الحكم لا يسري إذا أقـر المالك عقد الإيجار الصادر من المنتفع، سواء كان ذلك مقدماً عند إبرام عقد الإيجار أو كان عند انتهاء الانتفاع، إذ بذلك يصبح هذا الإيجار نافذاً في حق المالك أياً كانت مدته.

٢ ـ أعمال التصرف:

إذا كان حق الانتفاع يخول لصاحبه سلطة استعمال واستغلال الشيء إلا أنه لا يملك سلطة التصرف في هذا الشيء، حيث أن هذه السلطة تثبت لمالك الرقبة.

كما لا يجوز له أن يتصرف في حق ارتفاق مقرر لمصلحة العقار المنتفع به. لكن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد هو مدى إمكانية تصرف المنتفع في حقه هو، أي في سلطتي الاستعمال والاستغلال.

طالما أن المنتفع يملك حقه في الانتفاع فإنه يستطيع أن يتصرف فيه، بأن ينزل عنه للغير، وهو في هذا التصرف لا يستطيع أن يعطي للمتصرف إليه أكثر مما يملك هو نفسه، فلا يكون للمتصرف إليه إلا سلطتي الاستعمال والاستغلال على النحو السابق بيانه.

ويستوي أن يكون تصرف المنتفع في حقه معاوضة أو تبرعاً، فله أن يبيع حقه، كما له أن يهب هذا الحق. ويؤدي هذا التصرف إلى انتقال حق

الانتفاع ذاته في الحدود التي كانت له إلى الغير. ومقتضى هذا أن ينقضي حق الانتفاع بموت المنتفع الأصلي وليس بموت المتصرف له. فإذا مات المتصرف إليه، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثته، ويبقى هذا الحق إلى أن ينتهي بانقضاء أجله أو يموت صاحبه الأصلي. وهذا هو الغرض الذي ينتقل حق الانتفاع فيه بالميراث. كما أنه بالرغم من هذا التصرف يبقي المنتفع الأصلي ملتزماً نحو مالك الرقبة، فلا تنتقل التزاماته إلى المتصرف إليه.

وكما يجوز للمنتفع أن ينزل عن حقه في الانتفاع، فإنه يجوز لدائنيه أن يحجزوا على حقه. وذلك ما لم يشترط في السند المنشىء للانتفاع عدم جواز التصرف فيه.

وقد نصت المادة ٤٣ ملكية عقارية لبناني على هذه الأحكام بقولها «يمكن للمنتفع أن يتفرغ عن حقه مجاناً أو ببدل، ما لم يكن في صك إنشاء حق الانتفاع أحكام تخالف ذلك. ويظل حق الانتفاع بعد التفرغ عنه قائماً في شخص المتفرغ، لذلك لا يكون المتفرغ في حل من موجباته تجاه صاحب رقبة العقار. ويسقط حق الانتفاع بموت المتفرغ لا بموت المتفرغ له».

ويجوز للمنتفع أن يرتب على حقه في الانتفاع تأميناً عينياً، كرهن أو حق اختصاص. والدائن صاحب التأمين العيني يجوز له أن يحجز على حق الانتفاع. وإذا انتهى حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه، فإن التأمين العيني يزول بزوال محله.

٣ ـ حماية حق الانتفاع:

للمنتفع أن يرفع الدعاوى اللازمة لحماية حق الانتفاع ذاته. فله أن يرفع الدعوى العينية التي يحمى بها حق الانتفاع ذاته، وهي دعوى الإقرار بحق الانتفاع، وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشيء المنتفع به من أي جائز له بدون وجه حق.

كما أن للمنتفع أن يرفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته للعقار المنتفع به. بل ويجوز أن يرفع دعوى الحيازة ضد المالك إذا تعرض له في حيازته أو

انتزع الحيازة منه. فالمنتفع يعتبر حائزاً حقيقياً لحق الانتفاع وحائزاً عرضياً لحق الملكية يجوزه لحساب المالك.

ويحوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود، ودعوى القسمة إذا كان الانتفاع شائعاً بينه وبين الغير. وفي هاتين الحالتين يجب أن يدخل المالك حتى يكون الحكم حجة عليه.

ثانياً: التزامات المنتفع

يوجد على المنتفع ثلاث مجموعات من الالتزامات، التزامات قبل بدء الانتفاع، التزامات أثناء الانتفاع، التزامات عند انتهاء الانتفاع.

أ ـ التزامات المنتفع قبل بدء الانتفاع:

فرض المشرع المصري على المنتفع التزامين قبل مباشرة حق الانتفاع: الأول التزام يجرد المنقولات المنتفع بها. والثاني، تقديم كفالة تضمن وفاء المنتفع بالتزاماته. وهذان الالتزامان الغرض منهما ضمان عدم ضياع المنقول وتثبتاً من ذاتيته وقيمته عند استرداده في نهاية الانتفاع.

١ ـ جرد المنقول: تنص المادة ١/٩٩٢ مدني مصري على أنه «إذا كان المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده. . .».

يتم هذا الجرد في محضر يتضمن تعيين طبيعة المنقول ومقداره، وتقويمه لتحديد قيمته، وذلك في حالة ما إذا تملك المنتفع المنقول على أن يرد مثله أو قيمته عند انتهاء الانتفاع. ولم يشترط المشرع شكلاً خاصاً لمحضر الجرد، فيصح أن يحرر من ورقة عرفية يوقع عليها كل من المنتفع ومالك الرقبة. ويتحمل المنتفع نفقات الجرد. ويجوز أن يعفى المنتفع من الالتزام بتحرير محضر بالجرد في السند المنشىء لحق الانتفاع. في جميع الأحوال يجب أن يكون هذا الإعفاء صريحاً.

٢ ـ تقديم كفالة: نصت المادة ١/٩٩٢ مدني على أنه «إذا كان المقرر

عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم كفالة به. فإذا لم يقدمها بيع المال المذكور، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها».

والحكمة من تقديم هذه الكفالة هي ضمان الوفاء بالتعويض الذي يستحق لمالك الرقبة على المنتفع في حالة إعساره إذا ما ضاع المنقول أو تلف أو لحق به ضرر. ويجب أن يكون الكفيل موسراً ومقيماً في مصر (م ٧٧٤ مدني مصري). ويجوز للمنتفع أن يقدم، عوضاً عن الكفيل، تأميناً عينياً كافياً (م ٧٧٤ مدني مصري)، كرهن رسمي أو حيازي. ويجوز إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة صراحة في سند إنشاء حق الانتفاع أو ضمناً، بأن يستخلص ذلك من مفهوم نصوص السند أو من ظروف الحال.

وإذا تأخر المنتفع في تحرير محضر الجرد أو في تقديم كفالة، فإنه يحق لمالك الرقبة أن يمتنع عن تسليم المنقول إليه. غير أن هذا لا يعني أن يفقد المنتفع حقه في الانتفاع، ولا حقه في الثمار التي حصل عليها المالك منذ البداية المحددة للانتفاع. لأنه إذا ما قام المنتفع بتحرير محضر الجرد أو تقديم الكفالة، فإنه يتسلم المنقول وكذلك ثماره منذ بداية الانتفاع أما إذا امتنع المنتفع أصلاً عن القيام بهذين الالتزامين، دون أن يكون معفياً منهما، جاز للمالك أن يمتنع عن تسليم المنقول إلى المنتفع، إذا لم يكن قد تسلمها بالفعل، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الحق في الحبس. فإذا كان قد تم تسليم المنقول للمنتفع قرر المشرع جزاء لامتناع المنتفع عن تقديم كفالة، بأن أعطى لمالك الرقبة الحق في الالتجاء إلى القضاء ليطلب بيع المنقول بالطريقة التي تراها المحكمة، وتوظف ثمنه في سندات عامة، أي سندات على الدولة، وتكون للمنتفع أرباح هذه السندات طوال مدة الانتفاع. أما في حالة امتناعه عن تحرير محضر الجرد فإنه يجوز لمالك الرقبة إثبات تحديد المنقولات المنتفع بها ـ والتي يتعين على المنتفع ردها عند نهاية الانتفاع ـ بكافة طرق الإثبات. كما يمكن اعتبار الامتناع عن تحرير محضر الجرد قرينة على تسلم المنتفع المنقول بحالة سليمة.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٣٥ ملكية عقارية لبناني على أنه «يتوجب على المنتفع قبل مباشرته الانتفاع: ١ ـ أن ينظم كشفاً بالعقار. ٢ ـ أن يقدم كفيلاً قديراً على الدفع» «ويجوز إعفاءه من هذين الموجبين بنص السند الذي ينشأ بموجبه حق الانتفاع».

وتنص المادة ٣٦ ملكية عقارية على أنه «يجب تنظيم الكشف بالعقارات بحضور المالك أو بعد دعوته بصورة قانونية، ويجب تحريره لدى كاتب العدل على نفقة المنتفع. بيد أن يجوز للمنتفع أن يتفق ومالك رقبة العقارات (بشرط أن يكون الطرفان راشدين ولهما أهلية التعاقد) على وضع الكشف بالرضى وبدون نفقة».

يتضح من ذلك أنه يقع على المنتفع بالعقار التزامان: ١ ـ التزام بتحرير بيان بالعقار. ٢ ـ التزام بتقديم كفالة.

ـ تحرير بيان بالعقار:

يجب على المنتفع بالعقار أن يحرر بياناً يتم فيه إثبات الحالة المادية للعقار حتى يمكن عند انتهاء الانتفاع معرفة الحالة التي يكون عليها العقار، هل قد أصابه تلف أو لحقه ضرر، إذ أن المنتفع ملزم بأن يرد العقار بالحالة التي كان عليها عند بدء الانتفاع.

ويجب أن يحرر هذا البيان بحضور المالك، أو بعد دعوته بصورة قانونية، ويكفي أن تكون هذه الدعوة بكتاب مضمون. فإذا لم يحضر رغم ذلك فيتم تحرير البيان ويعتبر كما لو كان حاضراً. ويحرر هذا البيان لدى كاتب العدل، على نفقه المنتفع. لكن تحرير البيان على هذا النحو ليس إلزامياً دائماً. فقد خول القانون المنتفع ومالك الرقبة أن يتفقا على وضع البيان بالرضى بينهما، وذلك تلافياً للنفقات. إنما يجب في هذه الحالة أن يكون الطرفان راشدين ومتمتعين بأهلية التعاقد.

وإذا تأخر المنتفع في تحرير البيان فإنه يحق لمالك الرقبة أن يمتنع عن

تسليم العقار إليه. ولا يترتب على ذلك فقد المنتفع حقه في الانتفاع أو في الثمار التي حصل عليها المالك منذ البداية المحددة للانتفاع. إذ بعد تحرير البيان يتسلم المنتفع العقار وكذلك ثماره ـ منذ بداية الانتفاع. وهذا بالقياس على الحل الوارد بالنسبة للتأخر في تقديم الكفالة (م ٣٧/ ١ ملكية عقارية).

فإذا امتنع المنتفع عن تحرير البيان، بالرغم من عدم إعفاءه من ذلك، وكان العقار لم يسلم إليه بعد، فإنه يجوز لمالك الرقبة أن يستعمل حقه في حبس العقار إلى أن يقوم المنتفع بالوفاء بالتزامه طبقاً للقواعد العامة، أما إذا كان العقار قد سلم إلى المنتفع فإن امتناعه عن تحرير البيان يقيم قرينه ضده على أنه تسلم العقارات بحالة سليمة وعند الخلاف يكون للمالك إثبات حالة العقارات ومحتوياتها بكافة طرق الإثبات.

ـ تقديم الكفالة:

وهذا الالتزام نصت عليه المادة ٣٥ ملكية عقارية والهدف منه ضمان الوفاء بالتعويض الذي يستحق لمالك الرقبة على المنتفع في حالة إعساره إذا أصاب العقار تلف أو لحق به ضرر. ويجب أن يكون الكفيل مقتدراً. ويجوز أن يقدم المنتفع بدلاً من الكفالة تأميناً عينياً كافياً كرهن أو تأمين (م ٣٧/ ١ ملكية عقارية).

إذا تأخر في تقديم كفالة فإنه يحق لمالك الرقبة أن يمتنع عن تسليم العقار له على النحو السابق بيانه (م ٣٧/ ١ ملكية عقارية). ويجوز أن يعفى المنتفع من الالتزام بتقديم كفالة، صراحة أو ضمناً.

وإذا لم يقدم المنتفع الكفالة، ولم يعف من تقديمها، فأجاز القانون لمالك الرقبة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بتأجير العقار المنتفع به أو بتعيين حارس قضائي عليه تدفع أجرته من ثمار العقار (م ٣٨ ملكية عقارية) وتكون للمنتفع ثمار العقار طول مدة الانتفاع.

ب ـ التزامات المنتفع أثناء الانتفاع:

يقع على عاتق المنتفع ثلاثة التزامات: ١ ـ الانتفاع بالشيء بحسب ما

أعد له وإدارته إدارة حسنة. ٢ ـ صيانة الشيء وحفظه. ٣ ـ تحمل نفقات الصيانة والتكاليف المعتادة وفوائد التكاليف غير المعتادة.

١ ـ الانتفاع بالشيء بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة:

تنص المادة ١/٩٨٨ مدني مصري على ما يأتي «على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة».

وفي القانون اللبناني تنص المادة ٤٤ ملكية عقارية على ما يأتي:

«على المنتفع أن يتمتع بالعقار كما لك معين ومجتهد. . . . .» «وعلى المنتفع أن يتبع، في استعمال العقار والتمتع به، عوائد أصحاب العقار السابقين، لا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الأبنية، وبطريقة زراعة الأراضي، واستثمار الإحراج والمقالع. بيد أنه يمكنه زراعة الأراضي البور، وبصورة أعم تحسين طرق الزراعة».

ويتضح من ذلك أن المنتفع يجب عليه أن يستعمل الشيء المنتفع به وأن يستغله وفقاً لما أعد له بحسب طبيعته، وذلك بألا يخرج عن الغرض الذي خصص له، ولا على ما كان متبعاً في الاستعمال والاستغلال من الملاك السابقين.

فإذا كان الانتفاع وارداً على أرض زراعية فلا يجوز للمنتفع أن يحولها إلى حدائق، وإذا وارداً على بناء معد للسكنى فلا يجوز لمنتفع أن يحولها إلى محل تجاري أو إلى مخزن للبضائع. لكن له أن يسكنها بنفسه أو يؤجرها للسكنى. ولا يدخل في مفهوم تغيير الاستعمال تطوير وتحسين الاستعمال. وعلى ذلك يكون للمنتفع أن يصلح الأرض البور ويزرعها بما يناسبها من محاصيل، كما له أن يطور من طريقة الزراعة إلى ما هو أحسن وأكثر تقدماً في إطار ما أعدت له الأرض.

ويجب على المنتفع، فيما يقوم به من استعمال واستغلال، أن يدير الشيء إدارة حسنة بأن يبذل فيها عناية الرجل المعتاد. فإذا كان الشيء متجراً

وجب عليه أن يحسن إدارته، وإن كان أرضاً زراعية وجب عليه ألا يتركها بوراً أو ينهكها بالزراعة لكي يزيد من محصولها.

ـ جزاء الإخلال بهذا الالتزام: تنص المادة ٢/٩٨٨ مدني مصري على أن «للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء. فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات. فإن لم يقدمها المنتفع، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها. بل له، تبعاً لخطورة الحال، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع، دون إخلال بحقوق الغير».

تدرج المشرع بالجزاء بحسب خطورة الموقف:

ـ للمالك حق الاعتراض إذا استعمل المنتفع الشيء استعمالاً غير مشروع، بأن استعمله في غير ما أعد له، أو استعمله على نحو لا يتفق مع طبيعته ليكف المنتفع عن ذلك فإذا كان هذا الاستعمال ينطوي على خطر يهدد الرقبة كان للمالك أن يطالب بتقديم تأمينات كرهن أو كفالة لضمان تعويض الأضرار التي قد يؤدي إليها هذا الاستعمال.

ـ إذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة، أو ظل يستعمل العين استعمالاً غير مشروع، فإنه يجوز للمالك أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطي ثمنها للمنتفع.

ـ إذا كان سوء الاستعمال الذي يمارسه المنتفع على درجة من الخطور مما يستوجب معه إسقاط الحق عنه، فإن المالك يحق له أن يطلب من القاضي الحكم بإنهاء حق الانتفاع، فيخسر المنتفع الفترة الباقية من مدة الانتفاع. وفي هذه الحالة تجب المحافظة على حقوق الغير. فإذا كان حق الانتفاع مرهوناً، فإن حق الدائن المرتهن يبقى، وترد العين إلى المالك مع بقاء حق الانتفاع لها محملاً بالرهن إلى نهاية المدة التي كانت مقررة للانتفاع. ويجوز للدائن المرتهن إذا حل أجل دينه أن يحجز على حق

الانتفاع ويتقاضى حقه من ثمنه.

في القانون اللبناني: تنص المادة ١/٥٠ ملكية عقارية على أنه «يسقط حق الانتفاع.... أو بإسقاطه منه بسبب سوء الاستعمال....». وتنص المادة ٥٣ ملكية عقارية على أنه «يمكن عدا ذلك إسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائي بناء على طلب صاحب رقبة العقار بسبب تجاوز المنتفع حقوقه في التمتع، لا سيما إذا أحدث تخريباً في العقار أو إذا تركه يخرب لإهماله العناية به» «وفي هذه الحال يسمح لدائني المنتفع أن يتدخلوا في القضية، وأن يعرضوا بأن يتولوا إصلاح ما تخرب، وأن يقدموا ضمانات للمستقبل». «وللقاضي حسب خطورة الظروف، أما أن يحكم بإسقاط حق الانتفاع إسقاطاً مطلقاً وإما أن يأمر بعدم تسليم العقار إلى صاحب رقبته إلا على شريطة أن يدفع سنوياً للمنتفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لزوال حق الانتفاع».

يتضح من ذلك أن المشرع اللبناني قد حاول يوفق بين المصالح المتعارضة بأن أعطى للمالك حق طلب إسقاط حق الانتفاع، وأعطى للدائنين الحق في توقي ذلك، وأخيراً جعل الأمر معقوداً بيد القاضي.

- حق المالك في طلب إسقاط الانتفاع بصفة خاصة لو استعمل المنتفع الشيء استعمالاً غير مشروع، كما لو أحدث في العين تخريباً أو أهمل في العناية بها فتخربت.

- حق دائني المنتفع التدخل في الدعوى لتوقي الحكم بهذا الجزاء عن طريق عرضهم تولي إصلاح ما تخرب أو تقديم تأمينات كرهن أو كفالة لضمان تعويض ما عسى أن يحدث من أضرار في المستقبل.

- إعطاء القاضي سلطة تقديرية ليقدر على ضوء خطورة الظروف ما يحكم به من بين عدة خيارات: فإذا رأى أن سوء الاستعمال الذي يمارسه المنتفع ليس على درجة من الخطورة بحيث يستوجب إسقاط الحق عنه، فإنه في هذه الحالة يستطيع أن يحكم بتسليم العين للمالك مع إلزامه بأن يؤدي

سنوياً للمنتفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع. وإذا قدر أن سـوء الاستعمال من الخطورة بمكان. فإنه يحكم بإسقاط الانتفاع إسقاطاً مطلقاً بحيث يضيع على المنتفع الفترة الباقية من مدة الانتفاع.

٢ ـ صيانة الشيء وحفظه:

تنص المادة ٩٨٩ مدني مصري على أن «المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة».

وتنص المادة ٩٩٠/ ١ مدني مصري على ما يأتي «على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد».

وتنص المادة ٩٩١ مدني مصري على أنه «إذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظوراً، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك وعليه إخطاره أيضاً إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه».

وفي القانون اللبناني: تنص المادة ٤٤ ملكية عقارية على ما يأتي «على المنتفع أن يتمتع بالعقار كمالك معين ومجتهد، وعلى الأخص أن يعلم صاحب العقار بالتعديات التي يقدم عليها الغير على العقارات وإلا كان مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بصاحب العقار. وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك الضمان (السيكورتا) المعقودة سابقاً، وأن يسدد أقساط الضمان».

وتنص المادة ٤٦ ملكية عقارية على أن «لا صاحب رقبة العقار ولا المنتفع ملزمان بإعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه أو قضاء وقدراً، إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة أو كان العقار المهدوم مضموناً كله أو بعضه يجوز بناء على طلب صاحب الرقبة أو المنتفع استعمال قيمة التعويض لتجديد بناء العقار أو لترميمه».

وعى ضوء هذه النصوص سنعرض لمضمون هذا الالتزام ولطبيعته.

ـ يلتزم المنتفع بصيانة الشيء المنتفع به والمحافظة عليه.

فمن حيث التزام المنتفع بالصيانة، فإنه يجب أن يقوم بما يلزم من أعمال وترميمات لصيانة الشيء وتحمل نفقات ذلك. إذ أعمال الصيانة أعمال عادية تؤخذ نفقاتها عادة من ثمار الشيء التي تعود على المنتفع. فيجب عليه مثلاً إصلاح الأبواب أو النوافذ أو دورة المياه، أو تجديد غطاء السقف أو الأرضية أو السلم وذلك إذا كان الشيء المنتفع به داراً معدة للسكنى.

ومن حيث التزام المنتفع بالمحافظة على الشيء، فإنه يجب عليه ألا يحدث تلفاً في الشيء المنتفع به أو ينزع أجزاء منه أو يتركه من غير صيانة حتى يتلف أو يتخرب أو أي عمل آخر يكون من شأنه الإضرار بالشيء. ويدخل في هذا الالتزام أيضاً المبادرة بإبلاغ المالك بكل ما تتعرض له العين من أخطار يكون على المالك أن يواجهها بنفسه. كأن يدعى أجنبي حقاً على الشيء، أو ينزع أجنبي الحيازة من المنتفع، أو يتلف الشيء بسبب القدم، أو يحتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يتحمل المالك نفقاته. ويدخل في هذه الأعمال أيضاً قيام المنتفع بتجديد التأمين الذي سبق للمالك أن أبرمه على الشيء، وأن يدفع أقساطه طوال مدة انتفاعه.

والالتزام بصيانة الشيء وحفظه الذي يقع على عاتق المنتفع يعتبر التزاماً يبذل عناية. فعلى المنتفع، حتى تبرأ ذمته، أن يبذل ما يبذله الرجل المعتاد من عناية في صيانة وحفظ الشيء المنتفع به. وعلى ذلك فإذا هلك الشيء أو أصابه تلف، كان على المالك أن يثبت أن هذا الهلاك أو التلف يرجع إلى خطأ المنتفع، وذلك بإقامة الدليل على أنه لم يبذل القدر الواجب من العناية في المحافظة على الشيء. فإذا أثبت ذلك قامت مسؤولية المنتفع ووجب عليه أن يعوضه عن جميع الأضرار التي لحقته من جراء هلاك الشيء أو تلفه.

في القانون اللبناني: لا تختلف أحكامه في صدد الالتزام بالصيانة والمحافظة على الشيء المنتفع به عن أحكام القانون المصري إلا في

خصوص الحكم الوارد في نهاية المادة ٤٦ ملكية عقارية فيما يتعلق باستخدام مبلغ التأمين في تجديد البناء أو ترميمه سواء بناء على طلب مالك الرقية أو المنتفع.

٣ ـ تحمل نفقات الصيانة والتكاليف المعتادة وفوائد التكاليف غير المعتادة:

تنص المادة ٩٨٩ مدني مصري على أن «١ ـ المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة. ٢ ـ أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي إلى المالك فوائد ما أنفقه في ذلك. فإن كان المنتفع هو الذي قام بالاتفاق، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع».

في القانون اللبناني تنص المادة ٤٥ ملكية عقارية على ما يأتـي: «إن الضرائب العقارية عى مختلفها هي على عاتق المنتفع، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار، أما التصليحات الكبيرة أي التصليحات التي تقوم بتجديد قسم مهم من العقار وتستدعي مصاريف غير عادية، فإنها تترتب على صاحب الرقبة».

وتنص المادة ٤٧ ملكية عقارية على أنه «إذا وجب تسديد دين يقتضي لتسديده تضحية قسم من رأس المال، فعلى المنتفع أن يساهم في تسديد الدين بتخفيض إيراداته تخفيضاً نسبياً على الصورة الآتية: ١ ـ على صاحب العقار أن يدفع رأس المال اللازم، وعلى المنتفع أن يحسب له فوائد ما طال الانتفاع. ٢ ـ بيد أنه يبقى للمنتفع الخيار في أن يسلف رأس المال، وعندئذ يتوجب على صاحب العقار أن يرد رأس المال المنتفع (بدون فوائد) بانتهاء مدة الانتفاع».

وتنص المادة ٤٨ ملكية عقارية على ما يأتي: «إن النفقات التي يشترك في دفعها صاحب العقار والمنتفع كما هو مذكور في المادة السابقة هي: ١ ـ

نفقات التصليحات الكبرى. ٢ ـ التكاليف غير العادية التي تفرض على العقار في أثناء الانتفاع (ضريبة خاصة بالحرب، تعويض يدفع لملتزم تجفيف المستنقعات عندما يفرض التجفيف بأمر السلطة العامة، إلخ..). ٣ ـ الحصة التي تلحق العقارات من الدين المورث، فيما إذا كان حق الانتفاع جارياً على جميع عقارات المتوفى. ولتعيين هذه الحصة تقدر، إذا اقتضى الأمر، قيمة العقارات التي يتمتع بها المنتفع بالنسبة إلى قيمة مجموع التركة».

وتنص المادة ٤٩ ملكية عقارية لبناني على أنه «لا يلزم المنتفع مبدئياً بالدين المضمون بتأمين جار على العقار الذي يتمتع به».

والأحكام الواردة في القانون اللبناني تتفق في جملتها مع أحكام القانون المصري.

ولتحديد مضمون هذا الالتزام يجب التفرقة بصفة أساسية بين التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة. وأساس هذه التفرقة أن التكاليف المعتادة تؤخذ من الثمار أما التكاليف غير المعتادة فتؤخذ من رأس المال.

والقاعدة في هذا الصدد أن المنتفع يلتزم بالتكاليف المعتادة أما التكاليف غير المعتادة فيتحمل أصلها مالك الرقبة وفوائدها تكون على المنتفع طوال مدة الانتفاع.

ويدخل في التكاليف المعتادة التي يتحملها المنتفع نفقات صيانة وحفظ الشيء المنتفع به كما رأينا، وأيضاً تكاليف إدارة الشيء المنتفع به إذ أنها لازمة للحصول على ثمار الشيء. ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة الضرائب والرسوم المقررة على الشيء المنتفع أياً كان نوعها. لكن هذا لا يمنع من الاتفاق على أن يتحمل مالك الرقبة كل هذه التكاليف المعتادة أو بعضها.

ويدخل في التكاليف غير المعتادة التي يتحملها مالك الرقبة، وفوائدها التي يتحملها المنتفع طول مدة الانتفاع، النفقات غير العادية التي تقتضي تضحية جزء من رأس المال. ومن ذلك تكاليف الإصلاحات الجسيمة، كتقوية أساسات البناء أو إصلاح الجدران الرئيسية أو الأعمدة أو الأسقف. أو

الضرائب الاستثنائية التي تفرض لظروف معينة أثناء الانتفاع، كضريبة خاصة بالحرب أو قرض إجباري.

ويشترط لتحمل مالك الرقبة بالتكاليف غير المعتادة ألا تكون ناشئة عن خطأ من جانب المنتفع، إذ في هذه الحالة هذا الأخير وحده هو الذي يتحملها. أما إذا كانت هذه التكاليف قد نشأت دون خطأ من جانب المنتفع، فإنه لا يلتزم بالقيام بها، كما لا يلتزم مالك الرقبة بالقيام بها لأنه لا يلتزم بشيء نحو المنتفع. لكن إذا قام بها مالك الرقبة، في سبيل المحافظة على ملكه، فإنه يتحملها ويكون على المنتفع فوائدها بالسعر القانوني طول مدة الانتفاع. وإذا قام بهـا المنتفع، في سبيل المحافظة على حقه في الانتفاع، فإنه في هذه الحالة يستردها من مالك الرقبة بدون فوائد عند نهاية الانتفاع، فيكون بذلك قد تحمل فوائدها طول مدة الانتفاع.

وإذا كان العقار المنتفع به محملاً بتأمين عيني، فإن مالك الرقبة هو الذي يلتزم بدفع الدين المضمون بهذا التأمين لأن المالك قد عقده قبل بدء الانتفاع فلا يلتزم به المنتفع. فإذا أجبر المنتفع على الوفاء بهذا الدين كان له أن يرجع فوراً بما دفع على مالك الرقبة، ولا يكون عليه أن ينتظر حتى نهاية الانتفاع.

جـ ـ التزامات المنتفع عند انتهاء الانتفاع:

يلتزم المنتفع أساساً عند انتهاء الانتفاع برد الشيء، وأن يلتزم برد الشيء بنفس حالته الأصلية التي تسلمـه بها، ويثور هنا التساؤل عن مصير المنشآت والأغراس التي يحدثها المنتفع وهذا ما سنراه في الفقرات التالية.

١ ـ التزام المنتفع برد الشيء:

يرجع هذا الالتزام إلى طبيعة حق الانتفاع بأنه حق مؤقت. ولذلك فإن المنتفع يلتزم عند انتهاء الانتفاع برد ذات الشيء إلى المالك بنفس حالته التي تسلمه بها. وللتحقق من مدى تنفيذ هذا الالتزام يرجع في ذلك إلى محضر الجرد. إذا كان الانتفاع وارداً على منقول في القانون المصري، أو إلى

الكشف أو البيان الذي تم تحريره عندما يرد الانتفاع على عقار في القانون اللبناني (م ٣٥ مكية عقارية).

فإذا رد المنتفع الشيء متعيباً أو تالفاً، فهو مسؤول بالتعويض أمام المالك عن ذلك، ويكون مسؤولاً كذلك عن هلاكه إلا إذا أثبت أن الهلاك راجع إلى سبب أجنبي.

والأصل أن يرد المنتفع أو ورثته الشيء فور انتهاء حق الانتفاع دون حاجة إلى إعذار. فإذا تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع ثم هلك الشيء في يده، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الهلاك ولو بسبب أجنبي (م ٩٩٠/ ٢ مدني مصري).

٢ ـ مصير المنشآت والأغراس التي أحدثها المنتفع:

الأصل أن المنتفع يلتزم برد الشيء إلى مالك الرقبة بنفس حالته الأصلية التي تسلمها بها ـ فإذا كان قد أحدث في الشيء بناء أو غراساً فمصير ذلك يتوقف على سوء أو حسن نية المنتفع.

فإذا كان المنتفع قد أقام منشآت أو غرس أغراساً في العين المنتفع بها دون ترخيص من المالك فإنه يعامل معاملة من يحدث بناء أو غراساً في أرض الغير بسوء نية (م ٩٢٤ مدني مصري الخاصة بالالتصاق) طبقاً للقواعد العامة وبدون نص.

في القانون اللبناني: تطبق أحكام الإلحاق في حالة سوء النية التي فصلتها المادة ٢١٧/ ١ ملكية عقارية على المنتفع الذي يكون قد شيد أبنية أو غرس أغراساً في الأرض بمقتضى المادة ٢١٧/ ٢ ملكية عقارية نفسها. وقد أحالت إلى هذه المادة صراحة المادة ٥١ ملكية عقارية بقولها: «أما الإنشاءات الجديدة التي يحدثها المنتفع والأغراس التي يغرسها فتطبق بشأنها أحكام المادة ٢١٧ من هذا القرار».

أما إذا كان المنتفع قد أقام المنشآت أو غرس الأغراس بترخيص من مالك الرقبة، فإنه يعامل معاملة من يحدث بناء أو غراساً في أرض الغير

بحسن نية فيسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥ و٩٢٦ مدني مصري. وتسري عليه أحكام المادة ٢١٦ ملكية عقارية في القانون اللبناني.

في القانون اللبناني تنص المادة ٥١ ملكية عقارية على أنه «عند انقضاء مدة الانتفاع، يكون المنتفع مطالباً تجاه صاحب العقار بالعطل الذي يصيب العقار بسببه، ولا يحق له أدنى تعويض عن التحسينات التي أحدثها فيه بدون رضاء المالك. على أنه إذا كان قد حدث تحسين وعطل في آن واحد، فيعادل بينهما» ويعرض هذا النص لمسائل ثلاثة: ـ

المسألة الأولى: إذا أصاب الشيء المنتفع به تلف يرجع إلى خطأ من جانب المنتفع، كإهمال في الصيانة مثلاً، فإن المنتفع يكون مسؤولاً عن ذلك وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون اللبناني والمصري.

المسألة الثانية: إذا أحدث المنتفع بدون رضاء المالك تحسينات في الشيء المنتفع به، كتجميل البناء أو طلائه، فلا يحق له أن يحصل على أي تعويض من المالك في مقابل هذه التحسينات، حتى ولو كان من شأنها أن تزيد في قيمة الشيء. وذلك لأن المنتفع قد أحدثها لمنفعته الشخصية دون أن يكون لديه أمل في استرداد نفقتها.

ولا يسري هذا الحكم في القانون المصري لعدم وجود نص ومسألة التحسينات في هذا القانون يحكمها نص المادة ٩٨٠ مدني مصري.

المسألة الثالثة: إذا أصاب الشيء تلف في الوقت ذاته حدث تحسين فيه، فيعادل بينهما. أي يعتد بهما معاً لتقدير التغييرات التي أحدثها المنتفع في الشيء. وقد تكون النتيجة هي حرمان المنتفع من الحصول على أي تعويض عن التحسينات التي أحدثها قد يصاحبه إعفاءه من دفع تعويض عما أصاب الشيء من تلف[1].

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٥٥٦ ص ٩١٤، ٩١٥.

المطلب الثالث: انقضاء حق الانتفاع

ينتهي حق الانتفاع بأسباب عدة نعرض لها فيما يلي:

أولاً: انقضاء الأجل المحدد للانتفاع:

تنص المادة ٩٩٣/ ١ مدني مصري على أنه «ينتهي حق الانتفاع بانتهاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع. . . .».

وتنص المادة ٥٠/ ١ ملكية عقارية لبناني على أنه «يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله. . . ولا يكون لهذا السقوط مفاعيل قضائية إلا بعد ترقين القيد المدون في السجل العقاري».

وعلى ذلك إذا حدد السند المنشىء لحق الانتفاع أجلاً فإن حق الانتفاع ينتهي بحلول هذا الأجل. ولكن تحديد هذا الأجل لا يحول دون انقضاءه بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل، لأن المشرع اعتبر هذا الحق منتهياً حتماً بموت المنتفع.

ثانياً: موت المنتفع:

نقض المادة ٩٩٣/ ١ مدني مصري على أن «. . . وهو (حق الانتفاع) ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين».

وتنص المادة ٥٠/ ١ ملكية عقارية لبناني على أنه «يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله أو بموت المنتفع. . .».

على ضوء ذلك يتضح أن حق الانتفاع لا يورث، بمعنى أنه ينتهي حتماً بموت المنتفع، حتى قبل انقضاء الأجل المعين له، كما ينقضي حق الانتفاع بموت المنتفع ولو كان المنتفع قد نزل عنه إلى الغير، وكان هذا الغير ما يزال حياً عند موت المنتفع.

والحكمة من ذلك أن حق الانتفاع يعد اقتطاعاً من سلطات المالك وبالتالي فو يشكل عبء ثقيل على الملكية مما قد يحول دون تداول المال، فإذا ما سمح بتوراث هذا الحق فإن ذلك يشكل مصادرة لحق المالك في

التصرف بعد تقرير حق الانتفاع لذلك قررت القوانين انقضاء حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع ولأجل هذا السبب نفسه قرر القانون اللبناني عدم جواز ترتيب حق انتفاع لمصلحة شخص اعتباري (م ٣٢/ ١ ملكية عقارية) بينما في القانون المصري يجوز ذلك. يمكن إذا ترتب حق انتفاع لمصلحة شخص اعتباري، ولم يحدد له أجل، فإنه يظل ما دام الشخص الاعتباري قائماً ولا ينتهي هذا الحق إلا بانقضاء الشخص الاعتباري المقرر لصالحه الانتفاع. وكان من حسن السياسة التشريعية أن يحدد المشرع حد أقصى لمدة حق الانتفاع في هذه الحالة.

ثالثاً ـ هلاك الشيء المنتفع به:

إذا هلك الشيء المنتفع به هلاكاً كلياً، فإن حق الانتفاع ينتهي لانعدام محله. وهلاك الشيء المنتفع به قد يكون هلاكاً مادياً، كما إذا انهدم البناء المنتفع به. وهذا الهلاك يكون كلياً إذا أدى إلى تدمير مادة الشيء بحسب وضعه القانوني بحيث لم يعد من الممكن استخدامه في الغرض الذي خصص له، فحق الانتفاع ينتهي بمجرد تهدم البناء الواردعليه بالرغم من بقاء الأرض التي كانت مشغولة بالبناء وأنقاض البناء (م ٥٢ ملكية عقارية لبناني). وقد يكون هلاكاً قانونياً، كما إذا نزعت ملكية العين المنتفع بها للمنفعة العامة. أما إذا كان الهلاك جزئياً، فلا ينقضي الانتفاع إلا جزئياً على الجزء الهالك، وحده ويبقى على الجزء القائم طالما أنه ليس من شأن هذا الهلاك تضييع معالم جوهر الشيء حسب تخصيصه.

والهلاك الذي يؤدي إلى انقضاء حق الانتفاع هو الهلاك الناشيء عن قوة قاهرة. وعلى ذلك إذا كان هذا الهلاك راجعاً إلى خطأ المنتفع أو خطأ المالك، أجبر المخطىء على إعادة الشيء إلى أصله، بحيث يعود الانتفاع من جديد، ويلتزم مالك الرقبة كذلك، إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطئه، بتعويض المنتفع عن المدة التي فاته فيها الانتفاع. وإذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ الغير، انتقل حق الانتفاع إلى مبلغ التعويض الذي يلتزم به الغير.

وإذا كان هلاك الشيء المنتفع به راجعاً إلى قوة قاهرة فإن حق الانتفاع

ينقضي ولا يكون أي من مالك الرقبة أو المنتفع ملتزماً بإعادة الشيء إلى أصله (م ٩٩٤/ ٢ مدني مصري، م ٤٦ ملكية عقاري لبناني).

لكن إذا أعاد مالك الرقبة بمحض إرادته الشيء إلى أصله، عاد حق الانتفاع، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي إلى المالك فوائد ما أنفقه في ذلك طول مدة الانتفاع (م ٩٩٤/ ٢ مدني مصري) ولا يجوز للمنتفع في هذه الحالة أن يعيد الشيء إلى أصله إلا بموافقة المالك، فإذا أعاده بهذه الموافقة رجع حق الانتفاع وكان له أن يسترد ما أنفقه من المالك، وإذا أعاده بدون هذه الموافقة فإنه يعامل معاملة الحائزالذي يبنى في أرض غيره بسوء نية.

في القانون اللبناني يعتبر حق الانتفاع في هذه الحالة قد انتهى بصفة نهائية. فإذا أعاد مالك الرقبة الشيء إلى أصله، فلا يعود حق الانتفاع. ولا يجوز للمنتفع أن يعيد الشيء إلى أصله إلا بموافقة المالك، فإذا أعاده بهذه الموافقة مرجع حق الانتفاع وكان له أن يسترد ما أنفقه من المالك، وإذا أعاده بدون هذه الموافقة فإنه يعامل معاملة الحائز الذي يبنى في أرض غيره بسوء نية. لكن إذا كان الشيء بناء، وكان مؤمناً عليه كله أو بعضه، فإنه يحق لكل من مالك الرقبة والمنتفع أن يطلب استخدام مبلغ التأمين في تجديد البناء أو ترميمه (م ٤٦ ملكية عقارية لبناني) فإذا تم تجديد البناء أو ترميمه عاد حق الانتفاع.

رابعاً: التخلي عن حق الانتفاع:

يملك المنتفع أن يتخلى عن حقه دون نقله إلى شخص آخر، في هذه الحالة يفيد مالك الرقبة من هذا التخلي ويستجمع في يده كل سلطات الملكية. ويلزم ليرتب هذا التخلي أثره إن كان وارداً على عقار أن يتم تسجيله (م ٥٠ ملكية عقارية لبناني) ويجوز لدائني المنتفع الطعن على هذا التخلي بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها (م ٥٥ ملكية عقارية لبناني).

خامساً: عدم استعمال حق الانتفاع:

ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (٩٩٥ مدني

مصري) ويترتب على ذلك أن يستجمع المالك في يده كل سلطات الملكية. وهذا التقادم المسقط يرد على كل الحقوق المتفرعة عن الملكية. ولكن حق الملكية ذاته لا يسقط بعدم الاستعمال.

وينقطع هذا التقادم بمعاودة الاستعمال من جانب المنتفع، ولو انطوت هذه المعاودة على إساءة في الاستعمال. ويقف هذا التقادم إذا وجد مانع يتعذر معه على المنتفع أن يستعمل الشيء، كما لو كان قاصراً ليس له من يمثله قانوناً.

وحق الانتفاع ينقضي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة سواء كان وارداً على منقول أو على عقار.

في القانون اللبناني:

لم يتضمن القانون اللبناني نص مماثل لنص القانون المصري. ويرجع ذلك إلى وجود نظام السجل العقاري الذي يقضي بعدم سريان مرور الزمن على الحقوق العقارية المقيدة في هذا السجل (م ١٩ من قانون السجل العقاري الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ وم ٥٥، ملكية عقارية لبناني). ومع ذلك إذا ورد حق الانتفاع على عقار غير ممسوح، أي غير مسجل في السجل العقاري، فإنه ينتهي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، حيث يسقط بالتقادم المسقط.

سادساً: اتحاد الذمة:

وهذا السبب لا يؤدي إلى انقضاء حق الانتفاع بسبب اتحاد الذمة إلا في اتجاه واحد فقط، اتجاه المنتفع. وهذا يعني أن حق الانتفاع ينقضي باتحاد الذمة في الحالات التي تؤول ملكية الرقبة إلى المنتفع بسبب من الأسباب، كالإرث والوصية والهبة والبيع والشفعة. لكن إذا عاد الانتفاع إلى مالك الرقبة بسبب من الأسباب فإنه حق الانتفاع ينقضي بهذا السبب ذاته لا بسبب اتحاد الذمة. فإذا مات المنتفع، فإن حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع، فيعود إلى المالك. فإذا تخلى المنتفع عن حقه بإرادته المنفردة، أو إذا اشترى مالك

الرقبة حق الانتفاع أو أخذه بالشفعة أو وهبه المنتفع له، انتهى الانتفاع بسبب ما يمثله ذلك من نزول المنتفع عن حقه واستجماع المالك كل سلطات الملكية في هذه الحالات وليس نتيجة اتحاد الذمة.

وفي القانون اللبناني: تنص المادة ٥٠/ ١ ملكية عقارية على أنه «يسقط حق الانتفاع.... بالتوحيد أي بجمع صفتي المنتفع والمالك في شخص واحد... ولا يكون لهذا السقوط مفاعيل قضائية (قانونية) إلا بعد ترقين القيد المدون في السجل العقاري». ويجب أن يفهم هذا النص على النحو السابق بيانه.

واتحاد الذمة ليس سبباً نهائياً لانقضاء حق الانتفاع حيث إنه إذا زال السبب الذي أكسب المنتفع ملكية الرقبة، نتيجة لبطلانه أو إلغائه أو فسخه فإنه يزول بأثر رجعي ويعود حق الانتفاع إلى الوجود.

ولا يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الضمانات الخاصة، كالتأمين العيني المقرر لصالح دائني المنتفع، بل تظل تلك الضمانات قائمة رغم اتحاد الذمة.

سابعاً: سوء الاستعمال:

وقد عرضنا لذلك عند الكلام عن التزام المنتفع بالانتفاع بالشيء بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة. وقد تعرض المشرع لذلك في المادة ٩٨٨/ ٢ مدني مصري على النحو السابق بيانه. وكذلك المشرع اللبناني في نص المادة ٥٢ ملكية عقارية على النحو السابق بيانه.

المبحث الثاني: حق الاستعمال والسكنى

ونعرض هنا للتعريف به، ثم نبين بعد ذلك أحكامه:

أولاً: التعريف به ومضمونه:

حق الاستعمال هو الحق العيني الذي يتقرر لشخص على شيء مملوك

لغيره ويخول لصاحبه استعمال الشيء لنفسه ولأسرته. وإذا كان استعمال الشيء لا يكون إلا بسكناه كان الحق حق للسكنى.

وقد نصت المادة ٩٩٦ مدني مصري على أن «نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشىء للحق من أحكام».

وحق الاستعمال يرد على عقار أو على منقول. لكن حق السكنى لا يرد إلا على عقار حيث أن محله محصور في بناء للسكنى. حق الاستعمال لا يخول صاحبه إلا استعمال الشيء في حدود ما يحتاجه هو وأسرته الخاصة أنفسهم. وإذا كان استعمال الشيء يؤدي إلى الحصول على ثماره، كما هو الشأن في استعمال الأرض الزراعية، فإن صاحبه يستحق من هذه الثمار بمقدار ما يسد حاجته هو وأسرته. ويقصد بالأسرة كل من يعولهم صاحب الحق، من زوجة وأولاد وأقارب وخدم وذلك ما لم يقرر السند المنشىء للحق خلاف ذلك.

في القانون اللبناني: لم يرد في خصوص حق الاستعمال والسكنى سوى ما تنص عليه المادة ٥٣٩ موجبات وعقود من أن «من ليس له على الشيء سوى حق الاستعمال الشخصي أو حق السكن أو حق الحبس أو حق التأمين لا يجوز له أن يؤجره».

وقد سمى المشرع حق الاستعمال بحق الاستعمال الشخصي ليبين نطاق الحق المحدود. ويسري في القانون اللبناني ما سبق أن قلناه بصدد تعريف وتحديد مضمون كل من حق الاستعمال وحق السكنى.

ثانياً: أحكام حق الاستعمال وحق السكنى:

تنص المادة ٩٩٧ مدني مصري على أنه «لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي».

وتنص المادة ٩٩٨ مدني مصري على أنه «فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى، متى

كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين».

ويتضح من ذلك أن هناك أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى فرضتها طبيعتهما الخاصة، ويختلف فيها هذان الحقان عن حق الانتفاع. وأهم هذه الأحكام أنه لا يجوز النزول عن حق الانتفاع أو حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي. وهذا يرجع إلى الطابع الشخصي الملحوظ في تقرير حق الاستعمال وحق السكنى لصاحبه (م ٩٩٦ مدني مصري).

لكن يجوز استثناء أن ينزل صاحب الاستعمال أو حق السكنى عنه أو يؤجره بناء على شرط صريح يرد في السند المنشىء للحق يخوله هذه السلطة، أو إذا وجد مبرر قوي يدعو إلى ذلك. والحكمة من تقرير هذا الاستثناء هي المرونة والتخفيف من حدة المبدأ الذي يقضي بعدم جواز النزول عن الحق أو تأجيره. فقد يوصي شخص بسكن بيت لأولاده، ثم يمر الزمن، فيضيق بهم البيت، أو يصبح غير لائق لسكناهم، أو ينقلون إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكناه. فإذا طرأت ظروف من هذا القبيل جاز لصاحب الحق أن ينزل عنه أو يؤجره.

وفيما عدا هذه الأحكام الخاصة بالحقين فإنه تسري عليهما الأحكام المتعلقة بحق الانتفاع، متى كانت لا تتعارض مع طبيتعتهما. فأسباب كسبهما هي العقد والوصية والتقادم والحيازة أما الشفعة فلا تصلح سبباً لكسبهما لأنها تتطلب التصرف في الحق الوارد على عقار بالبيع ولا يجوز بيعهما. وأسباب الانتفاء هي ذاتها أسباب انقضاء حق الانتفاع. والتزامات صاحب حق الاستعمال وحق السكني هي التزامات المنتفع.

ولكن طبيعة حق الاستعمال وحق السكنى قد تؤدي إلى تطويع أحكام حق الانتفاع بما يتفق مع هذه الطبيعة، فحيث حق الاستعمال لا يستغرق كل منافع الشيء فإن صاحبه لا يتحمل إذن من نفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من منفعة. كما أن هذه الطبيعة قد تؤدي إلى استبعاد

بعض الأحكام، كالحكم الخاص بتسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطي أجرتها لصاحب الحق بمقتضى حكم من القضاء على إثر الاستعمال غير المشروع لحق الانتفاع (م ٩٨٨/ ٢ مدني مصري) وكذلك الحكم الوارد في المادة ٥٣ وملكية عقارية لبناني السابق التعرض له وأخيراً لا يجوز للدائنين أن يحجزوا على حق الاستعمال والسكنى حيث أنه لا يجوز النزول عنهما.

المبحث الثالث: حق الحكر

التعريف بحق الحكر ومجاله:

حق الحكر مقرر في الفقه الإسلامي منذ قديم. وفي ظل القانون المدني المصري القديم كان معمولاً به ويطبق القضاء عليه الأحكام الواردة في الفقه الإسلامي.

وحق الحكر يعطي المحتكر، للأبد أو لمدة طويلة ولقاء أجرة محددة، الانتفاع بأرض خربة أو بحاجة إلى إصلاح كبير لا يقدر المالك على تحمل نفقاته، وذلك بقصد تعمير هذه الأرض أو استصلاحها بالبناء أو الغراس عليها.

وقد نظم التقنين المدني الحالي هذا الحق مؤكداً صفته العينية كحق متفرع عن الملكية مع الحد من انتشاره وتضييف نطاقه، لأنه يمثل قيد خطير على الملكية. وذلك بأن قصر حق الحكر على الأرض الموقوفة (م ١٠١٢ مدني مصري) وحدد مدته بحد أقصى بحيث لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني مصري) وبعد ألغاء الوقف على غير الخيرات بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ انحصر الحكر في الأحكار الواردة على الأوقاف الخيرية، وحتى بالنسبة لهذه الأحكار أعطى المشرع وزير الأوقاف سلطة إنهاء هذه الأحكار بقرار منه إذا اقتضت المصلحة ذلك.

ونعرض في هذا المبحث لدراسة إنشاء الحكر، وآثاره، وانتهاءه.

المطلب الأول: إنشاء حق الحكر

لا ينشأ حق الحكر إلا بمقتضى عقد يتم في الشكل المطلوب، لضرورة أو مصلحة على عين موقوفة لمدة محددة لا تجاوز الحد الأقصى المقرر، مقابل أجرة معينة يدفعها المحتكر.

أولاً: التراضي في الشكل المطلوب والضرورة أو المصلحة:

تنص المادة ١٠٠٠ مدني مصري على أنه «لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة. ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين. ويجب شهره وفقاً لأحكام الشهر العقاري».

وعلى ذلك يلزم لإنشاء الحكر اتباع عدة إجراءات، أولها الحصول على إذن من المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أ أكثرها قيمة. وأن يثبت ناظر الوقف، حين يطلب الإذن، أن التحكير تقتضيه الضرورة إذا كان الوقف مخرباً وليس له ريع لإصلاحه، أو تمليه مصلحة إذا كان المحتكر أقدر من الوقف على الإصلاح. ثم بعد الإذن يجب استصدار حجة به على يد رئيس المحكمة أو من يحيل عليه من القضاة أو الموثقين. وبالتالي لا تكفي فيه ورقة رسمية عادية توثق في مكتب التوثيق. وأخيراً يلزم للاحتجاج به سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير أن يتم تسجيله في الشهر العقاري.

ثانياً: محل حق الحكر أرض موقوفة:

تنص المادة ١٠١٢ مدني مصري على أنه «١ ـ من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة. ٢ ـ والأحكار القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسري في شأنها الأحكام المبينة في المواد السابقة».

يتضح من ذلك أن إنشاء الحكر قد انحصر في الأراضي الموقوفة

وحدها. وذلك بعد نفاذ التقنين المدني. وقد ترتب على إلغاء الوقف الأهلي، وإعطاء وزير الأوقاف سلطة إلغاء الحكر على الوقف الخيري، أن ضاق نطاق تطبيق الحكر.

والأصل أن يرد حق الحكر على أرض فضاء موقوفة يقوم المحتكر بالبناء أو الغراس فيها لتعميرها أو استصلاحها. ولكن إذا ورد على أرض موقوفه عليها بناء قائم ولكن يحتاج إلى إصلاح كان هذا حكر من نوع خاص ويسمى «بعقد الإيجارتين». وحق الإجارتين حق عيني كحق الحكر، ولكنه يختلف عنه في ثلاثة أمور: ١ ـ من حيث المحل، فالحكر العادي يرد على أرض بناء وعلى أرض زراعية وحق الإجارتين يرد على بناء قائم على أرض موقوفة في حاجة إلى إصلاح. ٢ ـ من حيث الغرض، الحكر العادي يهدف إلى تعمير الأرض بالبناء عليها أو استصلاحها بالغراس فيها، وحق الإجارتين يهدف إلى إصلاح البناء في حاجة. إلى الإصلاح. ٣ ـ من حيث المقابل، صاحب الحكر العادي لا يدفع سوى أجرة المثل، أما صاحب حق الإجارتين فإنه يدفع مقابلين، هما ثمن البناء وأجرة سنوية للأرض وهي أجرة المثل (انظر م ١٠١٣ مدني مصري) وفيما عدا ذلك من أحكام فيسري على حق الإجارتين أحكام الحكر.

ثالثاً: مدة الحكر:

تنص المادة ٩٩٩ مدني مصري على أنه «لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة. فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة، اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة» وبذلك أصبح حق الحكر حقاً مؤقتاً بعد أن كان حقاً مؤبداً.

رابعاً: الأجرة:

وقد نظمت المادة ١٠٠٤، ١٠٠٥ مدني أحكام الأجرة في الحكر. ويتضح من هذه النصوص أن أجرة الحكر هي أجرة المثل وقت التحكير. وحيث أن الحكر يدوم مدة طويلة تصل أقصاها إلى ستين سنة، فإنه كان من

الطبيعي حدوث تغيير في أجرة المثل زيادة أو نقصاناً خلال مدة الحكر، ولذلك يجب أن تزيد أجرة الحكر أو تنقص تبعاً لزيادة أجرة المثل أو نقصها، وهذا ما يسمى بتصقيع الحكر. لكن يجب أن يكون هذا التغيير في أجرة المثل بالزيادة أو النقص فاحشاً. ولذلك قدره القانون المدني بما يزيد على الخمس بقي قياساً على الغبن الفاحش. وقد نصت المادة ١٠٠٤/٢ مدني على ذلك بقولها «وتزيد هذه الأجرة (أجرة الحكر) أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حداً يجاوز الخمس زيادة أو نقصاً، على أن يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير».

ويرجع في تقدير الزيادة أو النقص في أجرة المثل إلى ما للأرض من قيمة إيجارية وقت التصقيع. فتقدر الأجرة في هذا الوقت على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء، ومع مراعاة صقع الأرض ورغبات الناس فيها. بحيث لا ينظر في ذلك إلى ما في الأرض من بناء أو غراس، ولا إلى ما أحدثه المحتكر من تحسين في ذات الأرض أو في صقع الجهة بسبب إصلاحه لحالة الأرض أو بسبب البناء الذي أقامه، ولا إلى ما للمحتكر من حق القرار. فحالة الأرض عند التحكير هي التي يعتد بها عند تقدير الأجرة. وإذا تم تصقيع الحكر على هذا النحو، فإن التقدير الجديد لا يسري إلا من يوم الاتفاق عليه بين الطرفين. فإذا لم يتم الاتفاق، وجب الرجوع إلى القضاء. فإذا صدر حكم بالتقدير الجديد، سرى هذا التقدير من يوم رفع الدعوى (م ١٠٠٦ مدني مصري).

المطلب الثاني: آثار الحكر

يترتب على الحكر حقوق تثبت للمحتكر والتزامات تقع عليه. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: حقوق المحتكر:

ويترتب على الحكر حقوق للمحتكر، فله حق الحكر على الأرض

المحكرة، وله حق ملكية ما يحدثه على هذه الأرض من بناء أو غراس. ولذلك يكون للمحتكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرف.

تنص المادة ١٠٠١ مدني مصري على أن «للمحتكر أن يتصرف في حقه وينتقل هذا الحق بالميراث».

يتضح من ذلك أن للمحتكر حق عيني على الأرض المحكرة، هو حق الحكر. ويخول حق الحكر للمحتكر الانتفاع بالأرض المحكرة انتفاعاً من شأنه تعميرها واستصلاحها، وأكثر ما يتحقق ذلك عن طريق البناء عليها أو بالغرس فيها، أو لأي غرض آخر. والمحتكر يتملك ما يحدثه من بناء أو غراس ملكاً تاما (م ١٠٠٢ مدني مصري) وهو بذلك يكون له حق الحكر على الأرض وحق الملكية على البناء والغراس.

ولذلك يكون للمحتكر أن يتصرف في حق ملكية البناء أو الغراس وحده مع احتفاظه لنفسه بحق الحكر، أو أن يتصرف في حق ملكية البناء والغراس مقترناً بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدني مصري) وهذا هو الغالب. وبالجملة يستطيع المحتكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرف، فله أن يبيعه أو يهبه، أو يرتب عليه أوله حق ارتفاق، أو يرتب عليه حق انتفاع أو يؤجره، وله أن يقفه وقفاً خيرياً، وله أن ينشىء عليه حق حكر، وله أن يوصي به، كما ينتقل حق الحكر عنه بالميراث إلى الورثة.

وللمحتكر أن يحمي حقه بأن يرفع كل الدعاوى اللازمة لذلك، كالدعوى العينية التي يحمي بها الحكر ذاته، وكذلك جميع دعاوى الحيازة. كما يثبت للمحتكر حق أخذ الرقبة المبيعة بالشفعة (م ٩٣٦ مدني مصري) فيؤدي ذلك إلى انتهاء حق الحكر باتحاد الذمة.

ثانياً: التزامات المحتكر:

يقع على عاتق المحتكر الالتزامان الآتيان:

١ ـ التزام المحتكر بدفع الأجرة:

تنص المادة ١٠٠٣ مدني على ما يأتي «١ ـ على المحتكر أن يؤدي

الأجرة المتفق عليها إلى المحكر. ٢ ـ وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة، ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك» وتنص المادة ١٠٠٤/ ١ على أن «لا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل».

وتنص المادة ١٠٠٩ مدني مصري على أنه «يجوز للمحكر، إذا لم تدفع له الأجرة ثلاثة سنين متوالية، أن يطلب فسخ العقد».

يتضح من ذلك المحتكر يلتزم التزاماً شخصياً بدفع الأجرة للمحكر، والتي لا يجوز أن تقل عن أجرة المثل. وهي عادة أجرة زهيدة بالنظر إلى أن الأرض الموقوفة تكون غالباً خربة أو بحاجة إلى إصلاح كبير مما يتطلب نفقات باهظة. وهذه الأجرة تخضع للمراجعة كل ثماني سنوات بالزيـادة أو النقض كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حداً يجاوز الخمس. ويكون في مقابل ذلك للمحكر دعوى المطالبة بالأجرة، وهذا حق شخصي تختص بنظر النزاع فيه محكمة المدعى عليه وهو المحتكر. ودعوى تصقيح الحكر، وهي دعوى عينية متفرعة عن حقه في ملكية الرقبة المحكرة، تختص بنظرها المحكمة الواقع في دائرتها العقار المحتكر.

والأجرة تكون مستحقة الدفع كل سنة، ويكون هذا الدفع في نهاية السنة بمعنى أن تكون الأجرة مؤجلة لا معجلة، على خلاف القواعد العامة، وذلك ما لم يتفق على غيره (م ١٠٠٣/ ٢ مدني).

وإذا لم يدفع المحتكر الأجرة، فإنه يجوز للمحكر أن يطلب التنفيذ العيني، كما يجوز له أن يطلب التعويض إن كان له مقتـض. ولكن لا يجوز للمحكر أن يطلب فسـخ عقد الحكر لعدم الوفاء بالأجرة، إلا إذا تأخر المحتكر عن الدفع ثلاث سنوات متواليات (م ١٠٠٩ مدني). ويرجع ذلك إلى أن المحتكر، خلافاً عن الإجارة العادية، يتكلف عادة نفقات باهظة في تعمير الأرض واستصلاحها ومن ثم فلا يصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد هذه الفترة الملائمة من الزمن.

٢ ـ التزام المحتكر يجعل الأرض صالحة للاستغلال:

تنص المادة ١٠٠٧ مدني على ما يأتي: «على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاستغلال، مراعياً في ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة».

ويتضح من ذلك أنه يقع على عاتق المحتكر التزاماً أساسياً، يكشف بجلاء عن الغرض من التحكير، بأن يتخذ من الوسائل اللازمة ما يجعل الأرض صالحة للاستغلال. وهو يتقيد في ذلك بما يفرضه عقد الحكر من شروط. فإذا لم تكن هناك شروط، وجب عليه أن يراعى طبيعة الأرض، كأن تكون أرض منخفضة فيقوم بردمها، أو تكون أرض عالية غير مستوية فيقوم بتسويتها. كما يراعى الغرض الذي أعدت له الأرض، كأن تكون أرض زراعية فلا يجوز له أن يحولها إلى أرض بناء والعكس بالعكس. كما يراعى أيضاً ما يقضي به عرف الجهة، فإن كان يقضي باتخاذ طريقة خاصة في الاستغلال، وجب عليه اتباعها.

إخلال المحتكر بهذا الالتزام يستتبع توقيع الجزاءات التي تفرضها القواعد العامة. فيجوز للمحكر أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ولا يلزم هنا أي شرط خاص بالفسخ، بل يجوز طلبه بمجرد الإخلال بالالتزام الذي نحن بصدده طبقاً للقواعد العامة.

المطلب الثالث: انتهاء الحكر

ينتهي حق الحكر بعدة أسباب على النحو التالي:

أولاً: حلول الأجل: ينتهي حق الحكر بحلول الأجل المتفق عليه (م ١٠٠٨/ ١ مدني). فإذا كانت المدة المعينة لحق الحكر ستين سنة أو أقل، فإنه ينتهي بانقضاء المدة المعينة له. أما إذا كانت المدة أطول من ستين سنة

أو أغفل تعيين المدة، فإن الحكر ينتهي حتماً بانقضاء ستين سنة (م ٩٩٩ مدني).

ثانياً: موت المحتكر قبل البناء أو الغراس:

تنص المادة ١٠٠٨/ ٢ مدني على ما يأتي «ومع ذلك ينتهي هذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس، إلا إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر».

إذا مات المحتكر قبل أن يقول بالبناء أو الغراس. كان للورثة أن يختاروا بين بقاء الحكر أو انتهائه. والحكمة من ترك الخيار للورثة هو أنه قد يتضرر الورثة من انتقال الحكر إليهم لما يستلزمه تعمير الأرض واستصلاحها من نفقات باهظة. ولذلك اعتبر المشرع حق الحكر منتهياً في هذه الحالة إلا إذا طلب جميع الورثة بقاءه. فإذا طلبوا جميعاً ذلك فإنهم يحلون محل مورثهم في الالتزام بالبناء أو الغراس وإذا لم يجمعوا على هذا الطلب، انتهى حق الحكر بموت المحتكر وقبل انقضاء أجل الحكر.

ثالثاً: زوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة:

تنص المادة ١٠٠٨/ ٣ مدني على أن «وينتهي حق الحكر أيضاً قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال الصفة بسبب رجوع الواقف عن وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته».

الأصل أن ينتهي حق الحكر قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، لأنها لا تصبح محلاً صالحاً لحق الحكر. وهذا الحكم وجد تطبيقاً له في نص المادة ٧ من المادة بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الصادر بإلغاء الوقف على غير الخيرات حيث تنص على أن «يعتبر منتهياً بسبب زوال صفة الوقف كل حكر كان مرتباً على أرض انتهى وقفها وفقاً لأحكام هذا القانون».

لكن يستثنى من ذلك أن يكون زوال الوقف عن الأرض المحكرة بسبب

رجوع الواقف في وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هاتين الحالتين يبقى الحكر قائماً. وهذه صورة تمثل استثناء عن القاعدة العامة حيث يكون فيها الحكر قائماً على أرض غير موقوفة. والحكمة من ذلك أن المشرع قدر أن الواقف في هاتين الصورتين يكون «ناقضاً لما تم من جهته، فيتعين أن يرد عليه سعيه».

رابعاً: التقادم المسقط:

تنص المادة ١٠١١ مدني على أن «ينتهي حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشر سنة، إلا إذا كان حق الحكر موقوفاً فينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة».

يتضح من ذلك أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان حق الحكر موقوفاً أو غير موقوف. فإذا كان حق الحكر غير موقوف فإنه يسقط بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة. وهذه الحالة تمثل الأصل، فحق الحكر يرد في الأصل على أرض موقوفة لكن هو في ذاته غير موقوف. لكن قد يتصرف المحتكر في حقه بأن يقفه وقفاً خيرياً، في هذه الحالة يسقط حق المحكر بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة (م ١٠١١ مدني).

خامساً: القرار الإداري:

تمحض التطور إلى انحصار الحكر في أراضي الأوقاف الخيرية بعد إلغاء الوقف على غير الخيرات بالمرسوم رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢. ومع ذلك رخص المشرع لوزير الأوقاف حق إصدار قرار بإنهاء الأحكار الواردة على الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة هذا الإنهاء. ومن شأن فتح هذا الطريق للإنهاء التضييق في مجال الحكر إلى حد كبير.

سادسا: اتحاد الذمة:

إذا تملك المحكر حق الحكر، أو تملك المحتكر حق الرقبة كأن اشترى أحدهما من الآخر حقه أو ورثه منه أو أخذه بالشفعة أصبح مالكاً للأرض ملكية تامة، وانتهى حق الحكر باتحاد الذمة.

ـ مصير البناء أو الغراس عند انتهاء حق الحكر:

تنص المادة ١٠١٠ مدني على ما يأتي «١ ـ عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره. ٢ ـ وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال. وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته».

ويشمل نطاق تطبيـق النص حالة انتهاء حق الحكر وحالة فسخ عقد الحكر.

وهذا النص يعطي المحكر الخيار بين أمرين: ـ ١ ـ أن يطلب إزالة البناء أو الغراس، ويسترد بذلك الأرض خالية. ٢ ـ أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع أقل القيمتين: قيمة البناء أو الغراس مستحق البقاء، أو قيمته مستحق الإزالة. وهذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا وجدت ظروف استثنائية تبرر الإمهال. فإنه يجوز للمحكمة أن تمنحه أجلاً للدفع، أو تجعل الدفع على أقساط، بشرط أن يقدم للمحتكر كفالة أو رهناً لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته.

الفصل الثاني
حق الارتفاق

تمهيد وتقسيم

سبق لنا التفرقة بين القيود القانونية الواردة على حق الملكية وبين حقوق الارتفاق، والوقوف على النتائج المترتبة على هذه التفرقة. ونعرض في هذا الفصل لحق الارتفاق في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بحق الارتفاق.
المبحث الثاني: أحكام حق الارتفاق.
المبحث الثالث: انقضاء حق الارتفاق.

المبحث الأول: التعريف بحق الارتفاق

ونعرض في هذا المبحث لماهيته وبيان خصائصه، ثم لأنواعه، وأخيرا لمصادره.

المطلب الأول: ماهية حق الارتفاق وبيان خصائصه

أولاً: ماهيته:

تنص المادة ١٠١٥ مدني مصري على أن «الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر».

وتنص المادة ٥٦ ملكية عقارية لبناني على أن «الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول. ويقوم هنا التكليف إما بتخويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف، وأما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه».

ثانياً: خصائصه:

وعلى ضوء هذا التعريف تستطيع أن تبرز خصائص حق الارتفاق فيما يلي:

١ ـ **حق الارتفاق حق عيني عقاري**: حق الارتفاق حق عيني أصلي يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به. وحق الارتفاق لا يرد إلا على عقار ليحد من منفعته لفائدة عقار غيره مملوك لشخص آخر. ولذلك فهو دائماً حق عقاري.

٢ ـ **حق الارتفاق حق له طابع الدوام**: الأصل أن حق الارتفاق يدوم بدوام العقارين المرتفق والمرتفق به كما أن هذا الحق يتبع كل من العقار المرتفق والعقار المرتفق به ولا ينفصل عنهما فيما يجري عليهما من تصرفات، كما لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار إلا بالتخلي عنه. فحق الارتفاق يتبع العقار المرتفق، بحيث يعتبر من ملحقاته فينتقل مع العقار إلى من تنتقل إليه ملكية العقار. وكذلك يكون الوضع بالنسبة إلى العقار المرتفق به، فحق الارتفاق يتبع العقار المرتفق به باعتباره من الأعباء أو التكاليف الملحقة به، فيظل مثقلاً بحق الارتفاق فينتقل مع العقار إلى من تنتقل إليه ملكية هذا العقار.

ونقصد بطابع الدوام الذي يتصف به حق الارتفاق أن هذا الدوام وإن كان ليس من جوهره إلا أنه من طبيعته. ولذلك نجد أن حق الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال، كما أن طبيعته لا تأبى التأقيت بأجل معين، ينتهي بانقضاء الأجل. كما أن هذه الطبيعة لا تمنع من انقضاء حق الارتفاق إذا فقد كل

منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.

٣ ـ حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة:

ويقصد بذلك أن حق الارتفاق مقرر لفائدة العقار المرتفق كله، كما أنه يثقل العقار المرتفق به كله. فإذا جزىء العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه (م ١٠٢٤ مدني مصري، م ٧٧ ملكية عقارية لبناني) وإذا جزىء العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعاً على كل جزء منه. (م ١٠٢٥ مدني مصري) هذا هو الأصل.

٤ ـ حق الارتفاق يتقرر على عقار لمصلحة عقار غيره مملوك لشخص آخر:

ينشىء حق الارتفاق علاقة بين عقارين مملوكين لمالكين مختلفين، يكون من مقتضاها تحميل أحدهما بعبء أو تكليف عيني استثنائي وتحقيق مصلحة أو منفعة عينية للعقار الآخر.

أ ـ يلزم أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين:

فحق الارتفاق بطبيعته يقتطع من سلطة المالك أو يحد منها، وبالتالي لا يتصور أن يثبت هذا الحق إلا لشخص آخر غير المالك. فلا يعقل أن يتقرر الارتفاق على عقار مملوك للشخص نفسه، فهذا الشخص له الملكية التامة التي تتيح له كل أوجه الاستعمال والاستغلال والتصرف.

والذي يحول دون نشوء الارتفاق ملكية الشخص للعقارين في نفس الوقت ملكية مفرزة. وعلى ذلك إذا وجد عقاران أحدهما مملوك على الشيوع لعدة شركاء والآخر مملوك ملكية مفرزة لأحد الشركاء فإنه لا يوجد مانع من الاتفاق على تحميل العقار الشائع بارتفاق لصالح العقار المفرز أو العكس.

ب ـ يجب أن يكون التكليف على عقار لفائدة عقار:

جوهر حق الارتفاق هو التكليف الذي يتقرر على عقار لصالح عقار آخر. ويسمى العقار المستفيد العقار المرتفق أو العقار المخدوم، ويسمى

العقار المقرر عليه التكليف العقار المرتفق به أو العقار الخادم.

وعلى ذلك فإن العلاقة التي ينشئها حق الارتفاق بين العقارين لها وجهان:

ـ **الوجه الأول**: تحميل العقار المرتفق به بعبء أو تكليف عيني. وهذا العبء أو التكليف الذي يحمل به العقار المرتفق به أو العقار الخادم يعتبر عبئاً استثنائياً وهذا ما يميزه عن القيود القانونية على النحو السابق بيانه.

كما أن هذا التكليف أو العبء مقرر على العقار ذاته وليس على مالكه ولذلك فهو عبء أو تكليف عيني. وهو يكشف عن الطبيعة العينية لحق الارتفاق وكذلك صفة تبعيته لهذا العقار ولملكيته على النحو السابق بيانه.

الوجه الثاني: تحقيق فائدة أو منفعة عينية للعقار المرتفق هذا هو الوجه المقابل للعبء أو التكليف العيني الذي يتحمله العقار الخادم أو العقار المرتفق به. ولذلك فلها نفس الطبيعة، أي أنها منفعة عينية للعقار المخدوم ذاته بحيث تتعلق باستعماله أو استغلاله، وبالتالي فهي ليست منفعة شخصية لمالك العقار المخدوم. وهذه المنفعة قد تقررت بالنظر إلى العقار ذاته لا بالنظر إلى صاحبه ولذلك فهي تثبت لكل مالك لهذا العقار.

وعلى ذلك فمناط حق الارتفاق هو أن تكون المنفعة عينية للعقار المخدوم أو المرتفق وليست منفعة شخصية لمالك العقار. ولنضرب لذلك مثلاً يوضح لنا هذا الفارق، إن مجرد إعطاء مالك عقار حق إيداع سيارته في حظيرة موجودة بأرض جاره لا يخوله على هذه الأرض حق ارتفاق بذلك، لأن المنفعة هنا منفعة شخصية لمالك العقار وليست منفعة عينية للعقار ذاته، ولكن على العكس من ذلك إذا كان هذا العقار فندقاً وترتب له حق أيداع سيارات نزلائه في حظيرة موجودة بأرض جاره فإن هذا الحق يمكن أن يعتبر حق ارتفاق حيث أن المنفعة هنا منفعة عينية مقررة للعقار باعتباره فندقاً وليست مقررة لصاحبه. وقد أورد المشرع تطبيقاً تشريعياً لذلك فنصت المادة ١/١٠١٨ على أنه «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء

عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود. هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره».

المطلب الثاني: أنواع حقوق الارتفاق

ـ مضمون حق الارتفاق وأنواعه:

يختلف حق الارتفاق عن غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى بأنه يتعذر تحديد مضمونه تحديداً قاطعاً. ويرجع ذلك إلى كثرة أنواع الارتفاق، إذ يختلف هذا المضمون باختلاف هذه الأنواع. فهناك ارتفاق المرور، وارتفاق المطل، وارتفاق المجرى، وارتفاق عدم تعلية البناء إلى ما يجاوز ارتفاعاً معيناً، إلى غير ذلك من الأنواع المختلفة للارتفاق.

ولذلك تتنوع حقوق الارتفاق بتنوع مضمونها، أو بحسب طبيعة هذا المضمون، أو مظهره وإلى ثلاثة أنواع: ـ

أولاً: الارتفاقات الإيجابية والارتفاقات السلبية:

وينقسم الارتفاق تبعاً لمضمونه إلى ارتفاق إيجابي وارتفاق سلبي. والارتفاق الإيجابي هو الذي يخول صاحب العقار المرتفق أو المخدوم سلطة القيام بأعمال إيجابية على العقار المرتفق به أو الخادم، مثل ذلك الارتفاق بالمرور، أو باغتراف المياه، أو برعى المواشي. والارتفاق السلبي هو الذي يمتنع معه على صاحب العقار المرتفق به أو الخادم أن يقوم بأعمال معينة في عقار. كان يحق له القيام بها. فهو يتمحض عن حرمان صاحب العقار المرتفق به أو الخادم من استعمال بعض سلطاته، كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم تعلية البناء إلى ما يجاور ارتفاعاً معيناً، أو ارتفاق عدم المطل.

وستظهر أهمية هذا التقسيم في حساب مدة التقادم المسقط لعدم استعمال حق الارتفاق. وكذلك فيما يتعلق بالأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق.

ثانياً: الارتفاقات المستمرة والارتفاقات غير المستمرة:

ومعيار التفرقة بين الارتفاقات المستمرة والارتفاقات غير المستمرة يكمن في مدى الحاجة إلى تدخل الإنسان لممارستها، أي فيما إذا كان استعماله يحتاج إلى تدخل متجدد من جانب صاحب العقار المرتفق من عدمه.

وعلى ذلك فالارتفاق المستمر هو الذي لا يحتاج استعماله إلى تدخل متجدد من قبل صاحب العقار المرتفق أو المخدوم. ومثل ذلك الارتفاق بالمطل، أو بالشرب، أو بالمجرى، أو بالمسيل، أو بعدم البناء. بالجملة كل الارتفاقات السلبية تعتبر ارتفاقات مستمرة وكذلك بعض الارتفاقات الإيجابية. ولا يغير من هذه الطبيعة المستمرة الحاجة إلى تدخل الإنسان في البداية بالنسبة لبعض الارتفاقات لإمكان استعمالها بعد ذلك. فمثلاً يحتاج الارتفاق بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل في البداية إلى حفر مجرى للمياه، لكن متى تم الحفر فالماء يجري فيه أو يسيل من دون حاجة إلى تدخل من جانب صاحب العقار المرتفق أو المخدوم. والارتفاقات السلبية لا تحتاج في استعمالها إلى هذا التدخل أصلاً منذ البداية، كالارتفاق بعدم البناء. أما الارتفاق غير المستمر، فيحتاج استعماله إلى تدخل متجدد من جانب صاحب العقار المرتفق أو المخدوم. إذ بهذا التدخل المتجدد يستشعر بالعبء الاستثنائي الذي يثقل العقار المرتفق به أو الخادم، ومن أمثلته الارتفاق بالمرور، أو باغتراف المياه، أو برعى الماشية.

وستظهر أهمية التقسيم فيما يتعلق بحساب مدة التقادم المسقط عند انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال.

ثالثاً: الاتفاقات الظاهرة والارتفاقات غير الظاهرة:

ويكمن معيار هذا التقسيم فيما إذا كانت هناك علامة خارجية تدل عليه من عدمه، بأن تكون للارتفاق علامة ظاهرة، أو لا تكون له هذه العلامة. ولذلك فإن ارتفاقاً معيناً قد يكون ظاهراً في حالة، ولا يكون كذلك في أخرى

تبعاً لظروف الواقع. فالارتفاق بالمرور قد يكون ظاهراً إذا كان له طريق مخطط يمارس فيه، ويكون غير ظاهر إذا لم يكن الطريق محدداً بعلامة خارجية. والارتفاق بالمجرى يكون ظاهراً إذا كانت له قناة مكشوفة تجري فيها المياه، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجري في أنابيب مدفونة في باطن الأرض. ولكن بعض الارتفاقات لا يكون إلا ظاهراً، كالارتفاق بالمطل، حيث لا يتصور وجوده دون نافذة أو شرفة أو نحو ذلك من العلامات الخارجية التي تدل عليه. وقد تكون هناك ارتفاقات بطبيعتها تكون غير ظاهرة، كالارتفاقات السلبية، كالارتفاق بعدم البناء.

والعلامة الظاهرة التي تدل عى الارتفاق توجد حيث يستعمل الارتفاق، فقد تكون في العقار المرتفق، كما في الارتفاق بالمطل، وقد تكون في العقار المرتفق به، كما في الارتفاق بالمرور وبالمجرى.

وستظهر أهمية هذا التقسيم في صدد اكتساب الارتفاق بالتقادم. كما سوف نرى.

المطلب الثالث: مصادر حق الارتفاق

تنص المادة ١٠١٦ مدني مصري على أن «١ ـ حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث. ٢ ـ ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور».

وتنص المادة ١/١٠١٧ مدني على أنه «يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي».

ويتضح من ذلك أن مصادر حق الارتفاق، التصرف القانوني، ويشمل العقد والوصية. وتخصيص المالك الأصلي، والتقادم. «وذكر الميراث في النص بين أسباب كسب حق الارتفاق عمل غير دقيق، لأن حق الارتفاق لا ينتقل استقلالاً من شخص إلى آخر، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقاً تابعاً له كما سبق أن ذكرنا».

وفي القانون اللبناني:

تنص المادة ٥٧ ملكية عقارية على أنه «ينتج الارتفاق عن اتفاقات معقودة بين أصحاب العقارات».

وتنص المادة ٨٤ ملكية عقارية على أنه «يجوز لأصحاب العقارات أن يحدثوا عليها أو لمنفعتها ما شاءوا من الارتفاقات...» وتنص المادة ٢٠٤ ملكية عقارية على أنه «يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها في السجل العقاري» وتنص المادة ٢٢٨ و٢٥٧ ملكية عقارية على أنه يكسب حق القيد في السجل العقاري بمرور الزمن.

ويتضح من ذلك أن أسباب كسب حق الارتفاق في القانون اللبناني هي: التصرف القانوني، والتقادم فقط.

ولنعرض الآن لهذه الأسباب على التوالي:

أولاً: التصرف القانوني:

والتصرف القانوني الذي يكسب بموجبه حق الارتفاق يعتبر تصرفاً منشئاً للحق ابتداء، وليس ناقلاً له من شخص إلى آخر. ويستوي أن يكون هذا التصرف عقداً أو وصية. كما أن هذا التصرف هو السبب الوحيد الذي ينشأ به حق الارتفاق أياً كان نوعه، سواء كان إيجابياً أو سلبياً، مستمراً أو غير مستمر، ظاهراً أو غير ظاهر.

والتصرف القانوني هو الذي يبين حدود حق الارتفاق ومداه، ولكن عند وجود نقص في هذا الشأن يرجع إلى النصوص التي أوردها المشرع. ويلزم تسجيل هذا التصرف لأنه يتضمن إنشاء لحق عيني.

ثانياً: تخصيص المالك:

تنص المادة ١٠١٧ مدني مصري على أنه «١ - يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي. ٢ - ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي، إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن مالك

عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين. ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما، ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك».

وتخصيص المالك الأصلي هو العمل الذي به ينشىء مالك عقارين علاقة تبعية واقعية بينهما من شأنها أن تجعل أحد العقارين يتحمل بعبء استثنائي لمنفعة العقار الآخر، كما لو كان هناك حق ارتفاق، رغم عدم وجود هذا الحق قانوناً لأن العقارين مملوكان لمالك واحد. لكن إذا تغير هذا الوضع بحيث أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين بسبب من الأسباب، مع بقاء علاقة التبعية الواقعية التي كانت قائمة من قبل، نشأ حق الارتفاق، ويكون مصدره تخصيص المالك الأصلي. مثال ذلك أن شخصاً يملك بناءين متجاورين، وفتح في أحدهما مطلاً على الآخر دون مراعاة المسافة القانونية، ثم باع هذا البناء الآخر ولم يعترض المشتري. على الوضع السابق بالنسبة إلى المطل، فإنه ينشأ في هذه الحالة ارتفاق بالمطل لفائدة البناء الأول على البناء المبيع بتخصيص المالك الأصلي.

ويشترط لنشوء الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ما يلي:

١ ـ يجب أن يوجد عقاران كانا مملوكين لمالك واحد. ويستوي أن يكون العقاران منفصلين أو بصدد جزءين من عقار واحد. بالرغم من أن النص يتكلم عن عقارين منفصلين إلا أنه لا محل للتفرقة بين الحالتين.

٢ ـ يجب أن تكون علاقة التبعية الواقعية التي أنشأها المالك تنبىء بوجود ارتفاق ظاهر لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين.

٣ ـ يجب أن تكون هناك علامة ظاهرة تدل على علاقة التبعية الواقعية بين العقارين.

٤ ـ يجب أن يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين.

٥ ـ عدم وجود شرط يخالف ذلك.

في القانون اللبناني:

لم يرد في قانون الملكية العقارية اللبناني نص مقابل للمادة ١٠١٧ مدني مصري. ونظراً لما يتطلبه القانون اللبناني من وجود تسجيل حق الارتفاق في جميع الأحوال، حتى لو كان كسبه بطريقة التقادم (مرور الزمن) لذلك لا يتصور وجود ارتفاق غير مقيد في السجل العقاري ولو كان ناشئاً أصلاً عن تخصيص المالك الأصلي.. ومن ثم فلا عبرة بهذا التخصيص إذا لم يرد ذكر لحق الارتفاق في السند الناقل للملكية.

ثالثاً: التقادم:

تنص المادة ٢/١٠١٦ مدني مصري على أنه «لا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور».

ويتضح من ذلك أن اكتساب حق الارتفاق بالتقادم قاصر فقط على الارتفاقات الظاهرة. وعلى ذلك يستبعد اكتساب الارتفاقات غير الظاهرة بالتقادم ـ لكن يستوي أن يكون الارتفاق الظاهر مستمر، كالارتفاق بالمطل، أو يكون غير مستمر كالارتفاق بالمرور إذا كانت معالم الطريق ظاهرة.

أما القانون الفرنسي لا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة المستمرة وحدها (م ٦٩٠ مدني فرنسي) وهذا يرجع إلى اعتبارات تاريخية ليس لها ما يبررها.

في القانون اللبناني:

المبدأ أن حق الارتفاق يكسب بمرور الزمن، حيث أن مرور الزمن يكسب حق قيده في السجل العقاري.

نطاقه: لكن كسب حق الارتفاق بالتقادم لا يكون إلا على العقارات غير الممسوحة، وهي العقارات غير المقيدة في السجل العقاري، والتي لا تكون خاضعة لإدارة أملاك الدولة. وتنص المادة ١٩ من القرار رقم ١٨٨ في ١٦ آذار ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري على أنه «لا يسري مرور الزمن

على الحقوق المدونة في السجل العقاري».

ولا يوجد أي قيود أخرى غير ما سبق لاكتساب حق الارتفاق بالتقادم. وعلى ذلك يجوز أن يكسب حق الارتفاق بالتقادم أياً كان نوعه، مستمراً أو غير مستمر، ظاهراً أو غير ظاهر وذلك على خلاف القانون المصري والقانون الفرنسي[1].

المبحث الثاني: أحكام حق الارتفاق

ونعرض هنا لموضوعين على التوالي، لنطاق حق الارتفاق واستعماله، ثم بعد ذلك لمركز صاحب العقار المرتفق به.

المطلب الأول: نطاق حق الارتفاق واستعماله

يجب أولاً أن نحدد نطاق حق الارتفاق، ثم نبين بعد ذلك استعمال حق الارتفاق.

أولاً: نطاق حق الارتفاق:

١ ـ تحديد نطاق حق الارتفاق:

يقصد بنطاق حق الارتفاق الأعمال التي تدخل في سلطة مالك العقار المرتفق ويكون له حق القيام بها. ولتحديد هذا النطاق يجب الرجوع إلى مصدر حق الارتفاق.

---

(١) ومع ذلك فإن هناك أحكام القضاء اللبناني ما تنساق وراء أقوال الفقه الفرنسي وأحكام القضاء الفرنسي وتشترط في حق الارتفاق، لجواز كسبه بالتقادم، أن يكون مستمراً وظاهراً بالرغم من عدم وجود نص على ذلك في القانون اللبناني (انظر على سبيل المثال محكمة استئناف الشمال المدنية قرار رقم ٤٠٩ في ١١ تشرين الثاني ١٩٦٥، مجموعة حاتم جـ ٦٣ ص ٣٦، ٣٧، محكمة استئناف بيروت المدنية قرار رقم ١١٦٠ في ١٥ تشرين الثاني ١٩٥٥، مجموعة حاتم جـ ٢٨ ص ١٩).

فإذا كان مصدر حق الارتفاق هو التصرف القانوني، عقداً كان أو وصية، وجب الرجوع إلى ما يقرره السند المنشىء للحق. ويكون لقاضي الموضوع سلطة تفسير هذا التصرف، على ضوء الظروف التي تم فيها، بمراعاة وضع الأماكن، وحيازة الارتفاق وغير ذلك من ظروف. وإذا كان هناك شك في تحديد مدى الارتفاق، تعين على القاضي أن يوازن بين فائدة العقار المرتفق وتحميل العقار المرتفق به بأقل عبء ممكن مع مراعاة عدم التوسع في التفسير في هذا الصدد، باعتبار أن حق الارتفاق يفرض تكليفاً استثنائياً.

وإذا كان مصدر حق الارتفاق هو التقادم، فإن نظامه يتحدد بحسب ما وردت عليه الحيازة نوعاً ومقداراً. فمن يكسب بالتقادم حق ارتفاق بالمرور لا يحق له سوى المرور، فلا يجوز له أن يستعمل الطريق لوضع أنابيب توصل المياه إلى منزله[1]. ومن يكسب حق ارتفاق بفتح نافذة في طابق معين، لا يجوز له أن يفتح نافذة ثانية في الطابق ذاته ولا في طابق أدنى أو أعلى منه.

وإذا كان مصدر حق الارتفاق تخصيص المالك الأصلي، فيتحدد نطاقه طبقاً لحقيقة الوضع الفعلي الذي أوجده المالك بين عقاريه بما جعل أحدهما خادماً للآخر.

٢ ـ يشمل حق الارتفاق أيضاً ما يعتبر من مستلزماته:

لا يقتصر نطاق حق الارتفاق على ما تحدد به طبقاً لمصدره المنشىء على النحو السابق فحسب، بل يشمل كذلك كل ما يعتبر من مستلزماته، أي ما يكون ضرورياً لاستعماله. فالارتفاق باغتراف المياه من عين الغير، يتضمن بالضرورة حق المرور في هذه الأرض التي تقع فيها العين، والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المجرى لتوصيل المياه إلى الأرض المرتفقة.

---

(١) محكمة استئناف جبل لبنان المدنية قرار رقم ٢١٠ في ٢٨ آذار ١٩٦٣، مجموعة حاتم جـ ٦٢ ص ٣٣.

وقد نص القانون الفرنسي على ذلك صراحة في المادة ٦٩٦ مدني فرنسي. ومع أن القانون المصري لم يتضمن نص مقابل إلا أن هذا الحكم يعمل به دون نص لأنه مستمد من طبيعة الارتفاق ذاته.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٨٥ ملكية عقارية على أنه «من أحدث ارتفاقاً فقد منح ضمناً ما هو لازم لاستعماله». «فحق الاستقاء من عين يتضمن حتماً حق المرور في الأرض التي تقع فيها العين».

٣ ـ أثر تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به على حق الارتفاق:

الأصل أن الارتفاق لا يتأثر نتيجة تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به، فيبقى بوضعه الذي بدأ به دون تغيير، أي يبقى مقرراً لمنفعة كل جزء من العقار المرتفق وعلى كل جزء من القعار المرتفق به. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

ـ بالنسبة لتجزئة العقار المرتفق:

تنص المادة ١٠٢٣ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا جزىء العقار المرتفق، بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه، على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقاء المرتفق به. ٢ ـ غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق على الأجزاء الأخرى».

مقتضى هذا النص أنه إذا جزىء العقار المرتفق لأي سبب من الأسباب، كالقسمة أو بيع جزء منه، فإن حق ارتفاق يظل مستحقاً لكل جزء بشرط ألا يترتب على التجزئة زيادة في العبء الواقع على العقار المرتفق به. فمثلاً إذا كان حق الارتفاق هو حق المرور في موضع معين من العقار المرتفق به، فإن المرور بعد تجزئة العقار المرتفق يجب أن يكون في هذا الموضع ذاته.

لكن إذا تبين بعد هذه التجزئة أن حق الارتفاق لم يعد يفيد إلا جزء من العقار المرتفق دون غيره، فإن مالك العقار المرتفق به يحق له أن يطلب زوال

هذا الحق عن الأجزاء الأخرى.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٨٨ ملكية عقارية على أنه «إذا جزىء العقار المرتفق، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه، دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق به». «مثال ذلك في حق المرور فإنه يتحتم على جميع الشركاء بالملك أن يستعملوه بنفس الموضع».

وهو حكم مطابق للحكم الوارد في القانون المصري م ١٠٢٤/ ١ ـ لكن لم تتضمن المادة ٨٨ ملكية عقارية الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ مدني مصري. غير أن هذا الحكم ليس إلا تقنيناً كما يقول به الفقه، سواء في فرنسا أو في لبنان، ولذلك يؤخذ به حتى مع عدم وجود النص عليه.

ـ أما بالنسبة لتجزئة العقار المرتفق به:

تنص المادة ١٠٢٥ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا جزىء العقار المرتفق به، بقي حق الارتفاق واقعاً على كل جزء منه. ٢ ـ غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه».

مقتضى هذا النص أن تجزئة العقار المرتفق به، لأي سبب من الأسباب، لا تؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه، ويبقى محملاً على كل جزء من أجزاءه، فإذا كان ارتفاقاً بعدم البناء على مساحة معينة من الأرض المرتفق بها، فإن الوضع لا يتغير في حالة تجزئة هذه الأرض، حيث يظل كل جزء من هذه الأجزاء محملاً بحق الارتفاق.

لكن إذا تبين بعد التجزئة انحصار موضع الارتفاق في جزء من العقار دون باقي الأجزاء، كان لمالك كل جزء من الأجزاء الأخرى أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه، حيث يصبح حق الارتفاق على هذه

الأجزاء الأخرى غير ذي موضوع. فإذا كان الارتفاق ارتفاقاً بالمرور أو بالمجرى أو بالمسيل وجزىء العقار المرتفق به، فلا يبقى الارتفاق وارداً إلا على الجزء الواقع به الممر أو المجري وحده.

في القانون اللبناني: لم يرد في قانون الملكية العقارية نص مقابل لنص القانون المدني المصري. ولكن هذا النص في فقرته الأولى يعتبر تطبيقاً لقاعدة عامة وهي عدم تجزئة حق الارتفاق، والحكم الوارد في الفقرة الثانية من النص المصري تقنين لما يقول به الفقه والقضاء، سواء في فرنسا أو في لبنان. ولذلك يؤخذ بنفس الأحكام السابقة في القانون اللبناني.

ثانياً: استعمال حق الارتفاق:

وهنا يجب أن نعرض لكيفية استعمال حق الارتفاق، ثم نبين ما يلزم لاستعماله والمحافظة عليه، وأخيراً نحدد من يتحمل بنفقة استعماله والمحافظة عليه.

١ ـ كيفية استعمال حق الارتفاق:

تنص المادة ١/١٠٢٠ مدني مصري على ما يأتي: «. . . وأن يستعمل (مالك العقار المرتفق) هذا الحق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن» وتنص الفقرة الثانية على أنه «لا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق».

وتنص المادة ٤/٨٩ ملكية عقارية لبناني على أن «من كان له حق ارتفاق، لا يمكن استعماله إلا وفقاً لمنطوق صكه، ولا يجوز له أن يأتي في أرضه أو في العقار المرتفق به بعمل من شأنه أرهاق ذلك العقار».

يتضح من ذلك أنه يجب على مالك العقار المرتفق أن يراعي في استعماله لحقه ما يلي:

(أ) عدم مجاوزته حدود حق الارتفاق وفقاً للسبب الذي أنشأ هذا الحق. فلا يجوز له أن يغير من نوع الارتفاق، أو أن يغير من مضمونه، أو أن يغير في موضعه دون موافقة مالك العقار المرتفق به. كما لا يجوز له أن

يستعمل الارتفاق لفائدة عقار غير العقار المرتفق، ولا أن يستعمله على عقار غير العقار المرتفق به. بالجملة لا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يمارس الارتفاق خارج حدود هذا النطاق، حتى ولو لم يترتب عليه زيادة في العبء الواقع على العقار المرتفق به.

(ب) عدم زيادة العبء على العقار المرتفق به حتى مع الالتزام بحدود حقه - فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه في الارتفاق على الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن. كما أنه لا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق. وعلى ذلك إذا كان استعمال ارتفاق بالمرور غير محدد في الأصل بوسيلة معينة ولكن بدأ استعماله بالأقدام، فلا يجوز لصاحب العقار المرتفق ممارسة المرور من بعد بالسيارات أو الشاحنات تبعاً لتغير تخصيص العقار. فإذا تقرر حق الارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى، ثم استعمل جانب من هذا المنزل نادياً، فلا يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المنزل بسبب وجود النادي أية زيادة في عبء الارتفاق.

٢ ـ ما يلزم من أعمال لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه:

تنص المادة ١٠٢٠/ ١ مدني مصري على أن «لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه».

وتنص المادة ٨٦ ملكية عقارية لبناني على أن «لصاحب العقار المرتفق الحق في أن يقيم في العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته».

يتضح من ذلك أنه يخول لمالك العقار المرتفق أن يجري في العقار المرتفق به الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق، كأن يشق قناة لاستعمال حق المجرى أو حق الصرف، أو يمهد الطريق لاستعمال حق المرور.

كما أن لمالك العقار المرتفق أن يجري في العقار المرتفق به الأعمال الضرورية للمحافظة على حق الارتفاق، كان يبطن قناة المجرى أو الصرف لصيانتها والمحافظة عليها.

ويتقيد مالك العقار المرتفق في القيام بهذه الأعمال بأمرين، **الأول** ألا يزيد ذلك من العبء على العقار المرتفق به، **والثاني**، أن يقوم بهذه الأعمال على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به.

٣ ـ نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه:

تنص المادة ١٠٢٢ مدني مصري على أن «١ ـ نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق، مالم يشترط غير ذلك. ٢ ـ فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق. ٣ ـ وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة الصيانة على الطرفين، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة».

وتنص المادة ٨٧ ملكية عقارية لبناني على ما يأتي: «أن أكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته هي على عاتق صاحب العقار المرتفق».

يتضح من ذلك أن القاعدة أن نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق. وهو يتحمل هذه النفقات حتى ولو كانت عن أعمال ناجمة عن عيب في العقار المرتفق به، أو تغيير في موضع الارتفاق بسبب تغيير حالة الأماكن. لكن إذا كانت هذه الأعمال قد اقتضى إجراءها خطأ من جانب مالك العقار المرتفق به، فهذا الأخير هو وحده الذي يتحمل نفقاتها ـ وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن تكون هذه النفقات شركة بينهما. أي هذه القاعدة قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على خلافها.

ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن تكون هذه النفقات على مالك العقار المرتفق به. في هذه الحالة يعتبر هذا الالتزام من الالتزامات العينية باعتبار أن سببه هو ملكية العقار المرتفق به. ويترتب على ذلك أن هذا الالتزام يقع دائماً على مالك العقار المرتفق به، حتى ولو انتقل إلى ملاك متعاقبين. كما أنه يجوز لمالك العقار المرتفق التخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو جزء منه لمالك العقار المرتفق وهذا يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة في الالتزامات العينية.

وقد قرر المشرع قاعدة أخرى عندما تكون الأعمال التي يقوم بها مالك العقار المرتفق للمحافظة على حقه نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به، بأن جعل نفقة هذه الأعمال على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من فائدة. ففي حق الارتفاق بالمرور المقرر للمالكين معاً، فإن نفقة صيانة الطريق المخصص للمرور تكون مناصفة بين المالكين، إذا كان كل منهما يمر بالطريق وتعود عليه من هذا المرور فائدة تعادل تلك التي تعود على الآخر. والتزام مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة التزاماً شخصياً يتحمله بسبب انتفاعه بالأعمال التي يقوم بها مالك العقار المرتفق.

المطلب الثاني: مركز صاحب العقار المرتفق به

ونعرض هنا لالتزامات صاحب العقار المرتفق به، ثم نبين بعد ذلك حقوقه، وبوجه خاص حقه في تغيير موضع العقار.

أولاً: التزامات مالك العقار المرتفق به:

تنص المادة ١/١٠٢٣ مدني مصري على أنه «لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر».

وتنص المادة ١/٨٩ و٢ ملكية عقارية لبناني على أنه «لا يجوز

لصاحب العقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمي إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة». «لذلك لا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن، أو أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً».

يتضح من ذلك أن القاعدة أن مالك العقار المرتفق به لا يلتزم بأي عمل إيجابي يتعلق بجوهر حق الارتفاق، حيث إن الارتفاق حق عيني يعطي لصاحبه سلطة مباشرته دون حاجة إلى تدخل صاحب العقار المرتفق به. لذلك فإن موقف صاحب العقار المرتفق به مجرد موقف سلبي، ينحصر في ترك مالك العقار المرتفق يباشر الأعمال التي يخولها إياه حق الارتفاق، وذلك في الارتفاقات الإيجابية، أو في الامتناع عن الأعمال التي يحول دونها مضمون الارتفاق، في الارتفاقات السلبية. ففي الالتزامات الإيجابية كالارتفاق بالمرور والمجرى والمرعى يجب على مالك العقار المرتفق به أن يترك مالك العقار المرتفق يباشر الأعمال التي تخوله له هذه الحقوق. وفي الالتزامات السلبية كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية على مالك العقار المرتفق به أن يمتنع عن هذه الأعمال.

ولكن يمكن، استثناء على هذه القاعدة، أن يقوم مالك العقار المرتفق به بأعمال إيجابية، كالقيام بعمل إضافي يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف (م ١٠٢١ مدني مصري)، أو قد يلتزم بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه (م ١٠٢٢ مدني مصري).

فيما عدا ذلك فإن مالك العقار المرتفق به يحتفظ بجميع السلطات التي يخوله إياها حق ملكيته.

ثانياً: حق صاحب العقار المرتفق به في طلب تغيير موضع الارتفاق:

تنص المادة ١٠٢٣/٢ مدني مصري على ما يأتي: «ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار

آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك. كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق».

وتنص المادة ٣/٨٩ ملكية عقارية لبناني على ما يأتي «بيد أنه إذا كان الارتفاق في مكانه القديم قد أصبح أشد إرهاقاً لصاحب العقار المرتفق به أو كان يمنعه من القيام بإصلاحات مفيدة، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه، ولا يحق لهذا الأخير أن يرفض العرض».

يتضح من ذلك أن الأصل أن الموضع الذي عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى كما هو دون تغيير، كطريق أعد لاستعمال حق المرور. وعلى ذلك يمتنع على مالك العقار المرتفق تغيير هذا الموضع دون موافقة مالك العقار المرتفق به، حتى ولو لم يترتب على هذا التغيير أية زيادة في عبء الارتفاق، لأن ذلك من قبيل مجاوزة حدود حق الارتفاق. . في مقابل ذلك أيضاً يمتنع على مالك العقار المرتفق به تغيير هذا الموضع دون موافقة مالك العقار المرتفق (م ١/١٠٢٣ مدني مصري وم ٢/٨٩ ملكية عقارية لبناني). لكن هذا المبدأ ليس مطلقاً.

يجوز استثناء لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق إذا توافر شرطان: ـ

(١) أن يكون في تغيير الموضع الأصلي للارتفاق فائدة لمالك العقار المرتفق به، وذلك إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق، أو أصبح مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به. ويستوي أن يكون الموضع الجديد في العقار المرتفق به أو في عقار آخر يملكه صاحب العقار المرتفق به، أو في عقار يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك.

(٢) ألا يكون في هذا التغيير إضرار بمالك العقار المرتفق، وذلك بأن

يكون استعمال الارتفاق في الموضع الجديد ميسوراً لهذا المالك بنفس الدرجة التي كان ميسوراً به من قبل.

إذا توافر الشرطان، فلا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يرفض هذا التغيير، لأن تمسكه بحرفية حقه بقيامه في نفس الموضع الأصلي، رغم ما أصبح يعنيه ذلك من إرهاق أو منع فائدة لمالك العقار المرتفق به، يمثل تعسفاً في استعمال حقه لا يقر عليه.

المبحث الثالث: انقضاء حق الارتفاق

ينقضي حق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية:

أولاً: انقضاء الأجل المحدد للارتفاق:

تنص المادة ١٠٢٦ مدني على أنه «ينتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين..».

يقبل حق الارتفاق التأقيت، لأن الدوام ليس من جوهر الارتفاق. ولذلك يمكن أن يحدد أجل لحق الارتفاق في السند المنشىء له، بحيث ينقضي الارتفاق بحلول هذا الأجل.

ثانياً: هلاك أحد العقارين:

تنص أيضاً المادة ١٠٢٦ مدني مصري على أنه «ينتهي حقوق الارتفاق... بهلالك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً...».

مقتضى ذلك إذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً كلياً، كما لو انهدم البناء، فإن حق الارتفاق ينتهي بزوال محله وفقاً للقواعد العامة. فإذا جدد البناء، عاد حق الارتفاق، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال أما إذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً جزئياً، فإن حق الارتفاق يبقى على الجزء الباقي، إذ أنه حق لا يتجزأ على النحو السابق بيانه.

ويسري نفس هذا الحكم على هلاك العقار المرتفق. ويأخذ حكم

الهلاك نـزع الملكية للمنفعة العامة.

ثالثاً: اتحاد الذمة:

تنص المادة ١٠٢٦ على أنه «تنتهي حقوق الارتفاق.... باجتماع العقارين في يد مالك واحد، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع إلى أثره إلى الماضي فإنه حق الارتفاق يعود».

فقد يحدث أن تنتقل ملكية العقار المرتفق إلى مالك العقار المرتفق به بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أو العكس، أو يتملك شخص آخر هذين العقارين، أو يتخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من التزام عيني يقع عليه، فتنتقل ملكية هذا العقار إلى مالك العقار المرتفق، ففي جميع هذه الحالات يتحقق اتحاد الذمة في شخص مالك العقارين، فينتهي حق الارتفاق، لأنه لا يتصور أن يكون للشخص ارتفاق على ملكه.

لكن إذا زال سبب اتحاد الذمة زوالاً رجعياً فإن حق الارتفاق يعود. كأن يكون سبب اتحاد الذمة شراء مالك أحد العقارين العقار الآخر ثم يفسخ عقد البيع وما يقتضيه ذلك من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد.

رابعاً: عدم استعمال حق الارتفاق:

تنص المادة ١٠٢٧ مدني مصري على أنه «١ ـ تنتهي حقوق الارتفاق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، فإذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة. وكما يسقط التقادم حق الارتفاق، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها. ٢ ـ وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة سائرهم».

يتضح من ذلك أن حق الارتفاق يخضع لقاعدة سقوط الحق العيني بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة. لكن إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة

عين موقوفة وقفاً خيرياً، كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة.

وتسري هذه القاعدة على جميع حقوق الارتفاق، أياً كان نوعها، مستمراً أو غير مستمر، ظاهراً أو غير ظاهر، إيجابياً أو سلبياً.

ويبدأ حساب مدة التقادم من الوقت الذي يقع فيه آخر عمل من أعمال الاستعمال. في الارتفاق غير المستمر. مثلاً في الارتفاق بالمرور يبدأ سريان المدة من آخر مرة مر فيها صاحب العقار المرتفق أو أحد أتباعه أو زائريه. وفي الارتفاق المستمر يبدأ سريان التقـادم من الوقت الذي يقع فيه عمل يتعارض مع حق الارتفاق، فمثلاً في ارتفاق بالمطل يبدأ سريان المدة من الوقت الذي يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطاً يسد النافذة، وفي الارتفاق بعدم بالبناء يبدأ سريان المدة من الوقت الذي يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به بإقامة بناء في عقاره. ويستوي أن يكون العمل المتعارض مع حق الارتفاق قد قام به صاحب العقار المرتفق به، أو الغير، أو وقع بقوة قاهرة.

وينقطع التقادم بمعاودة الاستعمال، كما ينقطع ويقف سريانه بالأسباب ذاتها التي تسري على التقادم المسقط في الالتزامات.

وقد نص المشرع على حالة إذا ما ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع وقرر أن انتفاع أحدهم دون الباقين بحق الارتفاق أو قطع أحدهم التقادم يفيد الباقين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضاً. كما أن وقف التقادم لمصلحة أحدهم يفيد الباقين. ولا يتغير هذا الوضع حتى لو أجـريت القسمة من بعد فأوقعت العقار المرتفق في نصيب شريك آخر غير الشريك الذي قام بقطع التقادم أو حصل الوقف لمصلحته. وأساس هذا الحكم أن حق الارتفاق لا يقبل التجزئة، ومن ثم فإنه لا يصح أن ينتهي بالنسبة إلى جزء شائع من العقار المرتفق.

وكما أن عدم الاستعمال يؤدي إلى سقوط حق الارتفاق، فإنه يؤدي أيضاً إلى تعديل الكيفية التي يستعمل بها. وعلى ذلك فإن عدم الاستعمال الجزئي لحق الارتفاق ينقص من نطاقه بالقدر الذي لم يستعمل، إذا ظل هذا

عدم الاستعمال الجزئي خمس عشرة سنة، فإذا كان الارتفاق بالمطل يخول الحق في فتح ثلاث نوافذ على ملك الجار، ولكن صاحبه اقتصر على فتح نافذتين فقط، ومضى على هذا الوضع خمس عشرة سنة، فلا يجوز له بعد ذلك أن يفتح نافذة ثالثة كما كان مقرراً في الأصل.

في مقابل ذلك فإنه يجوز أن يزيد هذا النطاق بالتوسع في الاستعمال عن طريق التقادم المكسب، فإذا كان صاحب المرور راجلاً قد استعمل الطريق للمرور راكباً مدة خمس عشرة سنة، فإن حق ارتفاقه يزيد نطاقه فيصبح له الحق في المرور راجلاً وراكباً».

ويمكن تعديل كيفية الاستعمال لحق الارتفاق بالتقادم، من ذلك أن يستعمل صاحب حق الارتفاق بالمرور طريقاً آخر غير الذي عين أصلاً، وظل يمر من هذا الطريق مدة خمس عشرة سنة.

خامساً: مدى أثر استحالة استعمال حق الارتفاق:

تنص المادة ١٠٢٨ مدني مصري على أن «١ ـ ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث يصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق. ٢ ـ ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال».

وتنص المادة ٩٠ ملكية عقارية لبناني على أنه «يحق للقاضي أن يأمر بالترقين إذا كان الارتفاق غير ممكن إنفاذه».

ويتضح من ذلك أن التغير في الوضع المادي للأشياء قد يؤدي إلى أن يصبح استعمال حق الارتفاق مستحيلاً. فإذا كان ارتفاقاً بالمطل ثم تجري في المنزل المرتفق تعديلات بحيث تؤدي إلى اختفاء المطلات مما يجعل استعمال حق الارتفاق بالمطل مستحيلاً. ويستوي أن يكون التغيير في الوضع المادي للأشياء قد حدث بالنسبة للعقار المرتفق أو العقار المرتفق به.

ويشترط في الاستحالة في استعمال أن تكون استحالة مطلقة، فلا يكفي أن يكون من شأن التغيير في الوضع المادي للأشياء أن يصبح الارتفاق أكثر

مشقة. ويستوي أن تكون هذه الاستحالة ناشئة عن قوة قاهرة، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق به، أو إلى فعل الغير.

وعلى ذلك فإن تغيير الوضع المادي للأشياء قد أدى إلى تعطيل استعمال حق الارتفاق دون أن يترتب عليه انقضاء هذا الحق. وبناء عليه إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الارتفاق أخذ حق الارتفاق سيرته الأولى بشرط ألا يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة عن ذي قبل. ولا يشترط في هذه الحالة أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلي تماماً كما رأينا.

لكن إذا استطالت مدة عدم استعمال حق الارتفاق المدة القانونية، خمس عشرة سنة، فإن حق الارتفاق ينتهي، ولا مجال لاستئناف استعماله مرة أخرى إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه هذا الاستعمال. وانتهاء حق الارتفاق في هذه الحالة يكون بسبب عدم الاستعمال، وليس بسبب استحالة الاستعمال.

سادساً: عدم جدوى الارتفاق أو تضاؤل منفعته:

تنص المادة ١٠٢٩ مدني مصري على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به».

وتنص المادة ٩٠ ملكية عقارية لبناني على أنه «يحق للقاضي أن يأمر بالترقين إذا كان الارتفاق دون جدوى».

هذا الأحكام تتفق مع منطق حق الارتفاق ذاته، فحق الارتفاق يتقرر بحسب الأصل لتحقيق منفعة للعقار المرتفق عن طريق تحمل العقار المرتفق به عبء استثنائي في سبيل ذلك. مقتضى ذلك أنه إذا فقد حق الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو أصبحت فائدته محدودة بحيث لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به كان لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر منه

عن طريق الالتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بانقضاء الارتفاق. وقاضي الموضوع هو الذي يقدر كل هذه الأمور، وله إذا ما قدر تحرير العقار المرتفق به من الارتفاق أن يحكم بتعويض مناسب لصاحب العقار المرتفق.

ومثال ذلك أن يكون الارتفاق حقاً بالمرور، ثم ينفتح للعقار المرتفق ممر آخر إلى الطريق العام أيسر وأقصر من الممر المعين لاستعمال حق المرور، بحيث يصبح هذا الأخير عديم المنفعة للعقار المرتفق، أو أن يجعل هذا الممر ذا فائدة ضئيلة لا تتناسب مع العبء الذي يتحمل به العقار المرتفق به، ففي هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب إنهاء الارتفاق دون حاجة إلى موافقة صاحب العقار المرتفق.

سابعاً: نزول صاحب حق الارتفاق عنه:

لصاحب العقار المرتفق أن ينزل عن حق الارتفاق بإرادته المنفردة. ويرتب هذا النزول أثره بمجرد اتصاله بعلم صاحب العقار المرتفق به، ولكنه لا يسري في حق الغير إلا بالتسجيل. هذا النزول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

ويترتب على هذا النزول أن ينقضي حق الارتفاق وبالتالي يفيد منه مالك العقار المرتفق به، إذ يتخلص كلية من الارتفاق فيتحرر عقاره من العبء الذي كان يتحمل به نتيجة وجوده.

الفصل الثالث
حقوق متفرعة عن الملكية
في القانون اللبناني

ونعرض هنا لثلاثة أنواع من الحقوق، حق التصرف، حق الإجارة العينية، وحق السطحية.

المبحث الأول: حق التصرف

وندرس حق التصرف على ثلاثة محاور متتالية، الأول، التعريف به، والثاني، تحديد نطاقه، والثالث، الفرق بينه وبين الملكية.

المطلب الأول: التعريف بحق التصرف

ولكي نتعرف على حق التصرف يجب أولاً أن نحدد ماهيته، ثم نعرض لخصائصه، ثم نبين مصادره، وأخيراً عناصره.

أولاً: ماهية حق التصرف:

تنص المادة ١٤ ملكية عقارية على أن «التصرف هو حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ضمن الشروط المعينة في أحكام هذا القرار، وضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة، ولا يجري هذا الحق إلا على **العقارات الأميرية**».

وقد عرفت المادة ٦ من قانون الملكية العقارات الأميرية بقولها «العقارات (الأميرية) هي العقارات التي تكون رقبتها للدولة والتي يمكن أن يجري عليها حق تصرف».

يتضح من هذا التعريف أن **محل حق التصرف** دائماً وأبداً **العقارات الأميرية**. كما أن العقارات الأميرية التي يجري عليها حق التصرف تكون رقبتها للدولة. وعلى ذلك يكون حق التصرف حقاً متفرعاً عن الملكية.

ومما تجدر ملاحظته أن سلطة التصرف التي يخولها حق التصرف لا تتطابق مع سلطة التصرف في حق الملكية. فسلطة التصرف التي للمالك تشمل الرقبة والمنفعة معاً، والمالك وحده هو الذي له سلطة التصرف في الرقبة، أما سلطة التصرف التي لصاحب حق التصرف فتقتصر على المنفعة، أي على حق التصرف ذاته دون الرقبة، إذ تكون هذه الرقبة للدولة. ولذلك فإن المشرع لا يعترف لصاحب حق التصرف بكل سلطات المالك.

وبناء عليه يمكن **تعريف حق التصرف** بأنه حق عيني يرد على عقار أميري تكون رقبته للدولة، ويخول صاحبه سلطة استعمال هذا العقار والحصول على منافعه على نحو ما يفعل المالك، ما لم يكن هناك نص يقضي بغير ذلك» وعلى ضوء ذلك نستطيع نتبين خصائصه، وعناصره.

ثانياً: خصائص حق التصرف:

يتميز حق التصرف بخاصتين أساسيتين:

١ ـ حق التصرف حق عيني عقاري، فهو يتوافر له جميع خصائص الحق العيني. فلصاحب حق التصرف سلطة مباشرة على العقار الأميري. كما أن المشرع قد ذكره في عداد الحقوق العينية (م ١٠ ملكية عقارية).

٢ ـ حق التصرف حق متفرع عن الملكية. فحق التصرف لا يرد إلا على العقارات الأميرية. والعقارات الأميرية بحسب تعريفها هي التي تكون رقبتها للدولة (م ٦ ملكية عقارية) علاوة على ذلك أن سلطة التصرف المقررة

لصاحب حق التصرف يقتصر نطاقها فقط على التصرف في حق التصرف دون الرقبة.

ويتفق حق التصرف مع حق الانتفاع في أن كلاً منهما حق متفرع عن الملكية. ولكنهما يختلفان فيما وراء ذلك، فمن حيث المحل، حق التصرف لا يرد إلا على عقار أميري، أما حق الانتفاع فيرد على عقار أو منقول. ومن حيث المضمون، فمضمون حق التصرف أوسع مدى من مضمون حق الانتفاع. ومن حيث الزمن، فحق الانتفاع حق مؤقت بطبيعته، ينتهي بالأجل المحدد له أو بموت صاحبه في جميع الأحوال. أما حق التصرف لا ينتهي بموت صاحبه، بل ينتقل بعد وفاته إلى الورثة الذين يحددهم القانون وفقاً لنظام خاص يختلف عن الإرث الشرعي.

ثالثاً: عناصر حق التصرف:

نقصد بعناصر حق التصرف السلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه.

نجد أن حق التصرف يخول لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال اللتان للمالك (م ١٥ ملكية عقارية). وله أن يباشرهما على نحو ما يفعل المالك.

وعلى ذلك فلصاحب حق الانتفاع أن يستعمل الشيء ويستغله ويحصل على ثماره. أما بالنسبة لمنتجات فليس له إلا الحصول على مواد البناء دون المنتجات الأخرى. فتنص المادة ٢٦ ملكية عقارية على أن «لصاحب حق التصرف بالأرض أن يغرس فيها ما شاء من الأغراس، وأن يبني ما شاء من الأبنية وأن يجري فيها حفريات إلى أي عمق يشاء وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يشاء من مواد البناء وأن يتصرف بهذه المواد بملء حريته، ما خلا جميع المنتجات الأخرى، وكل ذلك ضمن التقيدات المفروضة بالقوانين والقرارات والأنظمة».

أما بالنسبة لسلطة التصرف، فتنص المادة ١٧ ملكية عقارية على أن «لصاحب حق التصرف في عقار ما أن يقوم فيه بأي عمل تصرفي كان ما عدا

إنشاء وقف». بناء عليه يستطيع صاحب حق التصرف أن يباشر على حقه جميع التصرفات ما عدا الوقف. فله أن يبيعه أو يهبه. وله أن يرتب عليه حق انتفاع (م ٣٤ ملكية عقارية) أو تأمين أو رهن. وله أن يؤجره. ويجوز له أن يرتب حق ارتفاق على العقار، كما له بطبيعة الحال ترتيب هذا الحق لمصلحة العقار».

رابعاً: مصادر حق التصرف:

يكسب حق التصرف بالأسباب ذاتها التي يكسب بها حق الملكية وهي ما يلي:

١ - يكسب حق التصرف بالاستيلاء (الأشغال) حيث أجاز القانون الاستيلاء على الأراضي الخالية المباحة، وهي الأراضي الموات، بترخيص من الدولة (م ٩ ملكية عقاري). فتكون لمن استولى عليها الأفضلية في أن يكسب عليها حق التصرف (م ٢٣٤ ملكية عقارية).

وتنص المادة ٢٣٥ ملكية عقارية على «أن صاحب حق الأفضلية الذي يثبت بعد انقضاء ثلاث سنوات، أنه فلح، أو شيد فيها أبنية أو غرس فيها أغراساً أو قام بإصلاحها وذلك ضمن الشروط المعينة في الأنظمة الخاصة المتعلقة بأملاك الدولة، يكتسب مجاناً حق تسجيل التصرف في القسم الذي فلحه أو غرسه أو بني فيه أو أصلحه. بيد أنه يخسر حق التصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفي أثناء العشر السنين التالية، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية».

٢ - يكسب حق التصرف بالالتصاق (الإلحاق) (م ٢٠٤/ ١ ملكية عقارية). فإذا زادت مساحة الأرض، فأصبحت الزيادة من حق المالك بحكم الالتصاق، امتد حق التصرف إلى هذه الزيادة. وكذلك إذا أقيمت على الأرض منشآت أو غرست فيها أغراس، فإن هذه المنشآت والأغراس تصبح من حق المالك بحكم الالتصاق، وبالتالي يمتد حق التصرف ليشملها.

٣ - يكسب حق التصرف بالشفعة. وقد نصت المادة ٢٣٨/ ٢ ملكية عقارية على أنه «يسري حق الشفعة على العقارات الملك وعلى العقارات

الأميرية» وعلى ذلك فإن الشفعة التي تثبت للمالك تثبت لصاحب حق التصرف طبقاً لأحكام المادة ٢٣٩ ملكية عقارية.

٤ ـ يكسب حق التصرف بالحيازة (مرور الزمن). تنص المادة على أن «يكتسب حق قيد التصرف بالأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بدون سند، شرط أن يكون واضح اليد قائماً بزراعة الأرض».

وكسب حق التصرف بمرور الزمن لا يسري إلا على العقارات الأميرية غير المقيدة في السجل العقاري وغير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة.

٥ ـ يكسب حق التصرف بالميراث. وذلك وفقاً لقواعد خاصة نص عليها قانون انتقال الأموال الأميرية الصادر في ٢١ شباط سنة ١٩١٢. وقد تضمن هذا القانون نظاماً خاصاً لانتقال حق التصرف، هـذا النظام يختلف عن الإرث الشرعي، سواء من حيث تحديد المستحقين أو من حيث مقدار فروضهم وأنصبائهم أو من حيث مراتبهم. كما أنه سوى بين الذكر والأنثى. كما أوجد حق الخلفية، أو حق التمثيل، بمعنى أن فروع الوارث الذي توفى قبل المورث يقومون مقام أصلهم، فيأخذون الحصة التي يستحقها لو كان حياً. وهذا القانون ما زال سارياً بالنسبة إلى جميع الطوائف الإسلامية. أما الطوائف غير الإسلامية فإن قانون الإرث لغير المحمدين الصادر ١٩٥٩ ألغى قانون انتقال الأموال الأميرية بالنسبة إلى هذه الطوائف وتضمن أحكاماً عامة تطبق على الإرث والوصية وانتقال جميع الأموال بهما بالنسبة إلى هذه الطوائف.

٦ ـ ويكسب حق التصرف بالعقد والوصية. ويستوي أن يكون العقد معاوضة أو تبرعاً أو مقايضة أو غيرها من العقود التي تؤدي إلى انتقال حق التصرف من أحد الطرفين إلى الآخر. وقد يكون هذا العقد شراء من الدولة.

المطلب الثاني: نطاق حق التصرف

وهنا نعرض لحدوده ولقيوده.

أولاً: حدود محل حق التصرف:

تنص المادة ١٥٠ ملكية عقارية على «أن التصرف بعقار ما يخول صاحبه الحق في جميع ما ينتجه العقار وفي كل ما يتحد به عرضاً سواء أكان ذلك الاتحاد أو الإنتاج طبيعياً أو اصطناعياً». وتبين المادة ١٦ ملكية عقارية سلطة صاحب حق التصرف على محله، الأرض على النحو السابق بيانه.

يتضح من ذلك أنه فيما عدا الفارق المتعلق بالحصول على المنتجات الخاصة بمواد البناء فقط بالنسبة لحق التصرف فإن حق التصرف يشمل كل ما يشمله حق الملكية. وعلى ذلك فحق التصرف يشمل الأرض الأميرية، كما يشمل ما يتفرع عنها من ثمار ومنتجات في الحدود السابق بيانها. ويمتد حق التصرف ليشمل الملحقات. كما يشمل حق التصرف ما فوق الأرض وما تحتها إلى الحد المفيد التمتع بها علواً وعمقاً، مع استثناء مواد المناجم والمحاجر (المقالع) في الحدود التي يفرضها القانون.

ثانياً: قيود حق التصرف:

تسري قيود الملكية على حق التصرف، سواء كانت قيود قانونية أو إرادية، والقيود المتعلقة بالتزامات الجوار في استعمال حق الملكية أو حق التصرف، والقيود الخاصة بنظام المياه، والقيد المتعلق بحق المرور في حالة الانحباس عن الطريق العام، والقيود المتعلقة بوضع الحدود، والحائط الفاصل، والمطلات والمناور.

المطلب الثالث: الفروق بين حق التصرف وحق الملكية

تتلخص أهم الفروق بين حق التصرف وحق الملكية فيما يلي:

أولاً: سلطة التصرف في حق التصرف تختلف عن سلطة التصرف في

الملكية. فسلطة التصرف في حق التصرف تنصب فقط على حق التصرف دون ملكية الرقبة. أما سلطة التصرف في حق الملكية فتشمل الرقبة والمنفعة. حتى بالنسبة لسلطة التصرف في حق التصرف لا تشمل إنشاء الوقف. (١٧ ملكية عقارية) وإنشاء حق وقف على أرض أميرية يقع باطلاً وكأنه لم يكن (م ١٨ ملكية عقارية).

ثانياً: لا تسقط الملكية بعدم الاستعمال، أما حق التصرف فإنه يسقط بعدم الاستعمال بمدد معينة تختلف من حالة إلى أخرى على النحو التالي:

١ ـ حق التصرف الذي يكسب على أرض أميرية يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات. تنص المادة ١٩ ملكية عقارية على أن «يسقط حق التصرف بعدم زراعة الأرض أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات».

٢ ـ حق التصرف الذي يكسب بالاستيلاء على أرض خالية مباحة، يسقط بعدم استعمال حقه ثلاث سنوات متوالية في خلال العشر سنوات التالية لتجسيله (م ٢٣٥ ملكية عقارية).

ثالثاً: ينتقل حق الملكية بالميراث وفقاً للقواعد الشرعية. بينما ينتقل حق التصرف بالميراث بمقتضى قواعد خاصة على النحو السابق بيانه.

رابعاً: للمالك الحق في الحصول على كل منتجات العقار لأنها جزء من أصل الشيء الذي يملكه. أما صاحب حق التصرف، فيقتصر حقه على مواد البناء دون المنتجات الأخرى (م ١٦ ملكية عقارية).

خامساً: مدة التقادم المكسب لملكية الأراضي الملك أو حق عيني آخر عليها هي خمس عشرة سنة. واستثناء تكون هذه المدة خمس سنوات إذا كانت الحيازة مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح (سند محق). أما بالنسبة لحق التصرف بالأراضي الأميرية غير الخاصة لإدارة أملاك الدولة، فتكون هذه المدة عشر سنوات بشرط أن يقوم الحائز خلالها بزراعة الأرض (م ٢٦٠ ملكية عقارية)، وذلك في جميع الأحوال.

سادساً: إذا نزعت ملكية أرض ملك للمنفعة العامة فإن التعويض عن ذلك يكون كله من حق المالك. أما فيما يتعلق بأرض أميرية، فلا يستحق صاحب حق التصرف إلا الجزء الذي يقابل حقه في التعويض، ويبقى الجزء الآخر للدولة الذي تملك الرقبة».

المبحث الثاني: حق الإجارة العينية (حق المساقاة)

ونعرض لحق الإجارة العينية في ثلاث مطالب على التوالي، المطلب الأول، نكرسه للتعريف به، والمطلب الثاني، نبين آثاره، والمطلب الثالث نعرض لأسباب انقضائه.

المطلب الأول: التعريف به

ونقف هنا على ماهيته وخصائصه وكيفية إنشاءه.

أولاً: ماهيته وخصائصه:

تنص المادة الأولى من القرار رقم ١٢ ل.ر في ١٦ كانون الثاني ١٩٣٤ بشأن نظام المساقاة Bail emphytéotique في الفقرة الأولى منها على أن «تعطى مساقاة الأملاك غير المنقولة مستأجرها حقاً عينياً قابلاً للتأمين».

وعلى ذلك فحق الإجارة العينية، هو حق من الحقوق العينية العقارية يخول المستأجر الانتفاع بعقار في مقابل أجرة معينة في خلال مدة معينة لا تقل ولا تزيد عن حد معين.

وعلى ذلك تستطيع أن تستخلص الخصائص الآتية:

١ ـ حق المساقاة حق عيني عقاري، فلا يتقرر هذا الحق إلا على العقارات. وهو حق عيني يتوافر فيه جميع خصائص الحق العيني ومن أهمها، كما ورد في النص، أن يرد عليه التأمين. ولذلك يجب أن يقيد هذا الحق في السجل العقاري.

ومن هذه الناحية يشبه حق المساقة حق الانتفاع وحق الحكر. ولكنه يختلف عن حق المستأجر العادي، حيث أن حقه حق شخصي. كما أن حق الإجارة العينية يتميز عن الإجارة العادية من حيث المدة الطويلة، والأجرة الزهيدة، والتزام المستأجر بتحسين العقار أو البناء فيه مع إمكان الهدم وتعديل وضع الأماكن، وحق المستأجر في أن يتصرف في حقه وأن يرتب عليه حقوق عينية على العقار المأجور. كل هذه العناصر يجب أن يأخذها في الاعتبار عند تكييف العقد في حالة عدم إفصاح الإرادة صراحة عن حقيقة التعاقد.

٢ ـ حق المساقاة حق متفرع عن الملكية. يخول لصاحبه بعض سلطات الملك، كالانتفاع بالمأجور، وسلطته في التصرف في حقه وأن يرتب حقوقاً عينية على العقار المأجور. وهو في ذلك يقترب من حق الانتفاع ولكنه يختلف عنه من حيث المحل، فالانتفاع يرد على عقار أو منقول، أما حق المساقاة لا يرد إلا على العقار. كما أن هذا الحق ينتقل بالميراث على خلاف حق الانتفاع. ومن حيث المصدر، هذا الحق ينشأ دائماً بعقد، بينما يمكن أن يكسب حق الانتفاع بأسباب أخرى. من حيث المقابل، فهذا الحق يكون دائماً بعوض، أما حق الانتفاع فيصح أن يكون بعوض أو بغير عوض. وهو يشبه من هذه الناحية حق الحكر، لكن أهم ما يفرق بينهما أنه في حق الإجارة العينية تكون الأجرة ثابتة، أما في الحكر فهي أجرة المثل حيث تزيد أو تنقص وهو ما يسمى بتصقيع الحكر على النحو السابق بيانه.

٣ ـ حق المساقة أو الإجارة العينية، يتم لمدة معينة، وقد حدد القانون الحد الأدنى والحد الأقصى لهذه المدة. فقرر أنه «يجب أن يعقد هذا الإيجار لمدة خمس عشرة سنة على الأقل وتسعة وتسعين سنة على الأكثر ولا يمكن تجديدها ضمناً» (م ١/٣ من القرار السابق).

ثانياً: إنشاء حق الإجارة العينية:

ينشأ حق الإجارة العينية دائماً بمقتضى عقد. وأركان هذا العقد هي:

١ ـ التراضي: تنعقد الإجارة العينية بالتراضي بين الطرفين، فيترتب عليها نشوء حق عيني للمستأجر. ويخضع التراضي للقواعد العام في العقود. وما يميز هذا العقد عن الإجارة العادية أن التزامات المستأجر فيه أشد وطأة من التزامات المستجر العادي. وذلك راجع إلى أن السلطات التي تثبت له تفوق بكثير ما للمستأجر العادي من حقوق. وقد ترتب على ذلك أن الإجارة العينية تعد من أعمال التصرف، ومن ثم يجب أن تتوافر لكل من طرفيها أهلية التصرف. وقد نصت على ذلك صراحة م ٢ من القرار السابق الإشارة إليـه بقولها «حتى تكون المساقاة صحيحة لا يمكن أن يعقدها إلا الأشخاص الذين لهم حق البيع ضمن شروط البيع نفسها والصيغ نفسها».

وإذا كان يجوز تأجير عقار القاصر والمحجور عليه، كما يجوز تأجير العقار الموقوف، فإنه يجب في جميع هذه الأحوال الحصول على إذن سابق بالتأجير من الجهة التي تملك الإذن (م ٣/ ١ و٢ من القرار).

٢ ـ العين المؤجرة: يجب أن تكون العين المؤجرة عقاراً، أياً كان طبيعته، أرض بناء، مبنية أو غير مبنية، أرض زراعية. والغالب أن يكون هذا العقار أرضاً بوراً، أو يكون خرباً أو مهملاً، ويحتاج إلى إصلاح أو تعمير أو جهد كبير للاستغلال.

٣ ـ المدة: يجب ألا تقل هذه المدة عن خمس عشرة سنة ولا تزيد عن تسعة وتسعين سنة. كما لا يمكن تجديدها ضمنياً. وهذه المدة الطويلة تتفق مع الغرض الذي من أجله تقرر هذا العقد.

٤ ـ الأجرة: والأجرة ركناً في الإجارة العينية باعتبارها إيجاراً. . وعادة ما تكون هذه الإجرة زهيدة، نظراً لما سيقوم به المستأجر من أعمال.

المطلب الثاني: آثار الإجارة العينية

وهنا سنعرض لحقوق المستأجر والتزامته.

أولاً: حقوق المستأجر:

للمستأجر في الإجارة العينية حق عيني على العين المؤجرة. وهذا الحق يخول المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة على نحو أوسع بكثير مما للمستأجر العادي. فللمستأجر فيها أن يحدث أي تغيير يراه ضرورياً في العقار بشرط ألا يؤدي ذلك إلى إنقاص قيمة العقار (م ٩/ ١ من القرار). فله أن يغير من نوع الزراعة وطريقتها، وأن يعدل قيمة الأبنية القائمة أو يهدمها أو يعيد تشييدها، وأن يقيم أبنية أخرى إلى جوارها. لكن إذا أجرى تحسينات أو أقام منشآت تزيد في قيمة العقار، فلا يجوز له أن يزيلها أو يهدمها، ولا أن يطالب بتعويض عنها (م ٩/ ٢ من القرار).

وللمستأجر أن يجري في حقه جميع أنواع التصرفات.. كما أن لدائنيه أن يوقعوا الحجز على حقه بالطرق المقررة للحجز على العقار (م ١/ ١ و٢ من القرار).. بالنسبة لحق الارتفاق فإن له أن يرتب حق ارتفاق لمصلحة العقار بطبيعة الحال، كما له أن ينشىء على العقار حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر بشرط ألا تجاوز مدته مدة الإجارة وإعلام المالك بذلك (م ١١ من القرار).

ويشمل حق المستأجر ما يلتصق بالعقار ويكون من حق المالك طبقاً لأحكام الالتصاق (الإلحاق)، وذلك طول مدة العقد (م ١٢ من القرار وللمستأجر أن يحمي حقه برفع كافة الدعاوى الكفيلة بذلك.

ثانياً: التزامات المستأجر:

يقع على عاتق المستأجر التزامان: ـ

١ ـ **الالتزام بدفع الأجرة:** فالمستأجر يلتزم التزاماً شخصياً بدفع الأجرة. وعادة ما تكون هذه الأجرة زهيدة نظراً لما يلتزم به المستأجر فوق ذلك من إصلاح العين أو تعميرها وما ينفقه في هذا السبيل من أموال. ولذلك لا يجوز للمستأجر أن يطلب تخفيضها ولو كان ذلك بسبب خسارة جزء من العقار أو بسبب الجدب أو فقدان الغلة على أثر طارىء (م ٦ من القرار).

وإذا لم يف المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة، فإنه يجوز للمؤجر أن يطلب التنفيذ العيني، كما يجوز له أن يطلب التعويض إذا كان له محل طبقاً للقواعد العامة. ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لعدم الوفاء بالأجرة، إلا إذا تأخر المستأجر عن الدفع سنتين متتاليتين (م ٧/ ١ من القرار). وهذا له ما يبرره حيث أن هذه الإجارة تستلزم نفقات كبيرة لذلك يجب ألا يقع الفسخ لأول مخالفة وإنما يلزم أن يترك له هذه الفترة الملائمة من الزمن.

٢ ـ التزام المستأجر بجعل العقار قابلاً للاستغلال والتزامه بالنفقات والأعباء المترتبة على العقار:

إن السبب الذي تقررت من أجله هذه الإجارة هو جعل العقار قابلاً للاستغلال. وحول هذا الهدف تدور كل أحكام الإجارة العينية، سواء من حيث المحل، أو من حيث المدة أو من حيث سلطات المستأجر أو من حيث الأجرة على النحو السابق بيانه. وقد أجملت كل هذه الأحكام المادة ٩ من القرار السابق الإشارة إليه.

وفي سبيل تحقيق هذا الغرض يتحمل المستأجر جميع النفقات اللازمة لكل ما يقوم به من أعمال لتحسين العقار أو إصلاحه أو إقامة منشآت عليه أو غير ذلك من أعمال. كما يتحمل جميع التكاليف والأعباء المقررة على العقار محل الإجارة، كالضرائب وغيرها مما تفرضه الدولة (م ١٠/ ١ من القرار).

وكل هذه التزامات شخصية وبالتالي لا يجوز له أن يتخلص منها بالتخلي عن العقار المؤجر.

المطلب الثالث: انقضاء الإجارة العينية

تنتهي الإجارة العينية بأحد الأسباب الآتية:

١ ـ انقضاء الأجل: ينتهي حق الإجارة العينية بانقضاء الأجل المعين له

في العقد. والمشرع قد قرر حد أقصى لهذه المدة وهو تسعة وتسعين سنة. فإذا عقدت الإجارة لمدة تزيد على ذلك، فإنها تنتهي حتماً بانقضاء هذه المدة.

٢ ـ **الفسخ**: في حالة عدم دفع المستأجر للأجرة لمدة سنتين متتاليتين فيحق للمؤجر بعد إنذاره أن يطلب فسخ الإجارة. كما يجوز للمؤجر أيضاً أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ المستأجر شروط العقد أو إذا ألحق أضراراً جسيمة بالعقار (م ٧ من القرار).

٣ ـ **اتحاد الذمة**: طبقاً للقواعد العامة إذا تملك المؤجر حق الإجارة العينية، لأي سبب من الأسباب أو العكس بأن تملك المستأجر حق الرقبة فإن الأجارة تنتهي باتحاد الذمة.

٤ ـ **هلاك العقار**: إذا هلك العقار المؤجر، كما إذا غطى الفيضان الأرض أو أكلها البحر أو تهدم البناء بقوة قاهرة، انتهى حق الإجارة لهلاك محله. ويأخذ نفس الحكم نزع الملكية للمنفعة العامة.

المبحث الثالث: حق السطحية

ونعرض هنا باختصار لهذا الحق حيث أن المادة ٣١ ملكية عقارية تنص على أنه «لا ينشأ حق سطحية اعتباراً من تاريخ إذاعة هذا القرار» وبذلك يكون هذا الحق قد ألغى وأصبح التنظيم (م ٢٨ ـ ٣١ ملكية عقارية) قاصراً على ما كان قائماً من قبل.

وسنعرض على التوالي للتعريف به، وآثاره، وانقضاؤه.

أولاً: التعريف به:

ونبين هنا ماهيته وطبيعته ومصادره.

١ ـ ماهيته:

تنص المادة ٢٨ ملكية عقارية على أن «السطحية هو حق المالك في أبنية أو منشآت أو أغراس قائم على أرض هي لشخص آخر».

فحق السطحية Droit de superficie حق عيني يخول صاحبه أن يقيم أبنية أو منشآت أخرى على أرض الغير أو يغرس أغراساً فيها.

وحق السطحية لا يبيح لصاحبه إلا البناء أو الغرس ويكون العقد المنشىء له مبرماً لهذا الغرض وحده.

٢ ـ طبيعته:

ذهب رأي إلى أن حق السطحية نوع من حق الانتفاع، بينما ذهب رأي آخر إلى أنه حق ملكية للأبنية أو الأغراس القائمة على الأرض مستقل عن ملكية الأرض. وهذا ما يقول به الفقه اللبناني والسوري ويؤيده ظاهر نص المادة ٢٨ ملكية عقارية. لكن لو أخذ بهذا التكييف لترتب عليه أن يصبح حق السطحية حقاً دائماً كحق الملكية، فلا يصح توقيته بزمن معين، ولا يسقط بعدم الاستعمال.

لكن يذهب رأي آخر، نحن نؤيده، إلى أن حق السطحية حق متفرع عن الملكية. على أساس أن ملكية صاحب حق السطحية للأبنية أو المنشآت الأخرى أو الأغراس التي يقيمها أو يغرسها يعتبر نتيجة طبيعية لممارسته حقه، فكل ذلك يدخل في مضمون هذا الحق ويعتبر عنصراً منه. فالأصل أن ملكية الأرض تشمل ما يقام عليها، وحق السطحية يخول لصاحبه أن يبني أو يغرس وأن يكون مالكاً له فيعد هذا إقتطاعاً من سلطة المالك وبالتالي يكون هذا الحق متفرعاً عن حق ملكية الأرض. ويؤيد ذلك أن مشروع التقنين المدني المصري كان ينظم هذا الحق تحت مسمى حق القرار، وكان يعتبره حقاً عينياً وسطاً بين الإيجار والحكر، ولكن حذفت النصوص التي تضمنها في هذا الشأن. ويترتب على هذا التكييف عكس النتائج السابقة، فيجوز توقيت حق السطحية بزمن معين، كما أنه يسقط بعدم الاستعمال.

٣ ـ مصادره:

وهذا الحق لم يعد يجوز إنشاؤه بعد صدور قانون الملكية العقارية. وقد كان يجوز كسبه قبل ذلك بأحد سببين، العقد، أو التقادم.

ثانياً: آثار حق السطحية:

يعطى حق السطحية لصاحبه حقوق ويرتب على عاتقه التزامات.

فلصاحب حق السطحية حق عيني على الأرض يخوله حق الانتفاع بهذه الأرض بإقامة أبنية أو منشآت أخرى عليها أو بالغرس فيها.

وله أن يتصرف في حق السطحية بكافة أنواع التصرف. وأن يرفع جميع الدعاوى الكفيلة بحماية حقه.

وهذا الحق، باعتباره حقاً عينياً، لا ينشأ إلا بقيده في السجل العقاري.

ويكون صاحب حق السطحية مالكاً لما يقيمه على الأرض من أبنية ومنشآت أخرى وما يغرسه فيها من أغراس. وتتميز هذه الملكية عن حق السطحية. ويجوز لصاحب حق السطحية أن يتصرف في كل حق مستقلاً عن الآخر، أو أن يتصرف في الحقين معاً كأن يبيع الأبنية أو المنشآت الأخرى أو الغراس مقترنة بحق السطحية».

وفي مقابل ذلك يلتزم صاحب حق السطحية بالمقابل المتفق عليه، إذا كان بعوض. فإذا لم يدفع هذا المقابل جاز لمالك الرقبة أن يطلب التنفيذ العيني أو يطلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له محل.

ـ حقوق مالك الرقبة:

يترتب على قيام حق السطحية أن تبقى لمالك الرقبة الحقوق الآتية:

١ ـ يكون مالك الرقبة مالكاً لما تحت سطح الأرض وله أن يستخدم هذا العمق بشرط ألا ينطوي ذلك على مساس بحق السطحية.

٢ ـ إذا عثر عن كنز في باطن الأرض فإن مالك الرقبة يستحق منه ما يستحقه المالك.

٣ ـ يحق لمالك الرقبة أن يرتب حق ارتفاق على الأرض المحملة بحق السطحية، ولكن بشرط ألا يتعارض مع استعمال حق السطحية.

٤ ـ تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق السطحية.

ثالثاً: انتهاء حق السطحية:

ينتهي حق السطحية بأحد الأسباب الآتية:

١ ـ **انقضاء الأجل:** إذا تحدد له أجل معين فإنه ينتهي بانقضاء هذا الأجل.

٢ ـ **هدم الأبنية والمنشآت الأخرى أو نزع الأغراس القائمة على الأرض** بشرط عدم معاودة صاحب حق السطحية إقامتها أو غرسها.

٣ ـ **اتحاد الذمة،** إذا تملك صاحب الرقبة، بأي سبب من الأسباب، حق السحطية، أو تملك صاحب حق السطحية الرقبة.

٤ ـ **عدم الاستعمال:** يسقط حق السطحية بعدم الاستعمال مدة خمس عشر سنة، شأنه في ذلك شأن الحقوق المتفرعة عن الملكية.

القسم الثاني

مصادر الحقوق العينية الأصلية



تمهيـد وتحديـد:

قد نظم المشرع أسباب كسب الملكية في المواد من ٨٧٠ ـ ٩٨٤ من التقنين المدني. وقد عدد المشرع هذه الأسباب على النحو التالي: الاستيلاء، والميراث والوصية، والالتصاق، والعقد، والشفعة، والحيازة.

وقد روعي في هذا الترتيب منطق معين، فقد ميز المشرع، كما تقول المذكرة الإيضاحية، «بين كسب الملكية ابتداءً، أي دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه، ويكون هذا بالاستيلاء، وبين كسبها انتقالاً من مالك سابق، والكسب انتقالاً قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية، أو يكون انتقالاً ما بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة»[١].

أما بالنسبة للحقوق العينية المتفرعة عن الملكية فقد اكتفى المشرع بأن يعرض لها في الباب التالي ويشير في الفصل الخاص بكل منها إلى أسباب اكتسابها. وهي لا تخرج عن أسباب اكتساب حق الملكية ولكن مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة كل حق منها، فمثلاً لا يتصور الاستيلاء بالنسبة إلى هذه الحقوق[٢].

في القانون اللبناني: عرض المشرع اللبناني في قانون الملكية العقارية لأسباب كسب الملكية بالنسبة للعقارات، فتنص المادة ٢٠٤ ملكية عقارية على أنه «يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها في السجل العقاري. وعدا ذلك فإن حقوق الملكية وحقوق التصرف تكتسب أيضاً بالإلحاق».

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ١٨٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ١٨٥ هامش ١.

كما نصت المادة ٢٢٨ ملكية عقارية على أنه «يكتسب حق القيد في السجل العقاري بالطرق الآتية:

١ ـ الميراث.

٢ ـ بالهبة بين الأحياء[1] والوصية.

٣ ـ بالإشغال.

٤ ـ بالشفعة.

٥ ـ بمرور الزمن.

٦ ـ بمفعول العقود».

بالنسبة لأسباب كسب الملكة في المنقولات فقد وردت متفرقة، معظمها، في قانون الموجبات والعقود، وبعضها، في قانون أصول المحاكمات المدنية على النحو الذي سنبينه تفصيلاً فيما بعد.

يتضح من هذه النصوص أن أسباب كسب الملكية هي أيضاً، الاستيلاء (الإشغال)، والميراث والوصية، والالتصاق (الإلحاق)، والشفعة، والحيازة (مرور الزمن)، والعقد.

خطـة الدراسـة:

نبادر بالقول بأننا لن نتعرض لدراسة العقد كسبب من أسباب كسب الملكية أو غيرها من الحقوق العينية الأصلية لأنه قد سبق دراسة القواعد المتعلقة به في النظرية العامة للعقد في الالتزامات وكذلك عند دراسة العقود المسماة. ولذلك اكتفى المشرع بصدده بالإحالة إلى ما ورد في النصوص المنظمة للالتزامات وقانون الشهر العقاري (م ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤ من التقنين المدني).

وبناءً عليه فإننا سنهتدي في دراستنا بما اتبعه المشرع في دراسة هذه

---

(١) ومن العجيب أن يذكر هذا النص الهبة كسبب مستقل بالرغم من أنها تندرج في العقد وهو السبب الأخير من أسباب كسب الملكية التي ذكرها المشرع.

الأسباب مع مراعاة الترتيب المنطقي في دراسة هذه الأسباب في ثلاث مراحل: المرحلة الأولى تتعلق بأسباب كسب الملكية ابتداءً، أي دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل إليه، وندرس هنا الاستيلاء. ثم المرحلة الثانية وهي تستغرق أسباب كسب الملكية انتقالاً بين الأحياء وهي الالتصاق والشفعة والحيازة، ثم المرحلة الأخيرة وهي تتناول أسباب كسب الملكية انتقالاً بسبب الوفاة وتشمل الميراث والوصية.

ولنر بالتفصيل هذه الأسباب على التوالي.

الفصل الأول

الاستيلاء
(الإشغال)

تعريف وتحديد:

الاستيلاء Occupation، هو وضع اليد على شيء مادي لا مالك له بنية تملكه[1].

والاستيلاء يقوم على وضع اليد أي الحيازة لشيء غير مملوك لأحد مع اقتران ذلك بنية التملك لهذا الشيء. ويؤدي الاستيلاء إلى كسب ملكية الشيء المستولى عليه فوراً أي دون حاجة إلى استمرار الحيازة أية مدة[2]، نظراً لأن الشيء المستولى عليه مباح لا مالك له فلا يكون في تمليكه على هذا النحو أي اعتداء على ملكية أحد[3].

والاستيلاء على هذا النحو لا يمكن تصوره إلا كسبب لكسب حق الملكية وحده دون بقية الحقوق العينية الأصلية الأخرى. ويرجع ذلك إلى أن الاستيلاء

---

(١) انظر محمد علي عرفة، المرجع السابق، جـ ٢، فقرة ٨، عبد المنعم البدراوي،، المرجع السابق، فقرة ٣٧٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ٣٧٣، السنهوري، المرجع السابق، جـ ٩، فقرة ٤ ص ١٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ١٨٨، ص ٢٨٦، حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، ١٩٩٤، ٢٤٤ ص ٤٢٤.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٩، ص ٢٧٣.

(٣) السنهوري، المرجع، جـ ٩، فقرة ٦ ص ١٧.

يرد على شيء لا مالك له بينما الحقوق العينية الأصلية الأخرى غير الملكية تفترض أصلاً وجود حق الملكية باعتبارها متفرعة عنه وبالتالي لا يمكن تصور ورودها على شيء غير مملوك لأحد[1].

وإذا كان منطق الاستيلاء يقتضي أن تكون الأشياء المستولى عليها لا مالك لها، فإن ذلك لا يتحقق إلا بالنسبة للمنقولات، أما العقارات، فهي من حيث المبدأ، لا يمكن أن تكون بغير مالك، إذ لا سائبة في العقارات.

وعلى ذلك سنحاول أن نبين أحكام الاستيلاء في مجال المنقولات، ثم نبين مدى تصور الاستيلاء في مجال العقارات.

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤، ص ٤٢٤، ٤٢٥.

المبحث الأول: في مجال المنقولات

تمهيـد:

تنص المادة ٨٧٠ مدني مصري على أن «من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه».

كما تنص المادة ٨٧١/ ١ على أنه «يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته».

يتضح من ذلك أن المنقول يعتبر بغير مالك في أحد صورتين: إما لأنه لم يكن له مالك من قبل، وإما لأنه بعد أن كان مملوكاً أصبح بغير مالك. ولذلك ينبغي أن ندرس أولاً المنقولات التي يجوز الاستيلاء عليها، ونعرض للصورتين السابقتين بالإضافة إلى التعرف على حكم المنقولات الضائعة، ثانياً نبين أحكام الكنز، وأخيراً أحكام المنظمة للأشياء الأثرية. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: المنقولات التي يجوز الاستيلاء عليها

وهنا نتعرض لثلاث صور لهذه المنقولات، المنقولات التي لم يكن لها مالك من قبل، والمنقولات التي أصبحت بغير مالك، وأخيراً المنقولات الضائعة (اللقطة).

أولاً: المنقولات التي لم يكن لها مالك من قبل:

يدخل في هذه المنقولات الأشياء المشتركة، وهي التي يفيد منها الكافة ولا يجوز لأحد أن يستأثر بها في مجموعها، كمياه النهر أو البحر أو البحيرات،

والهواء. فمن يستأثر استئثاراً حاجزاً على كمية منها بنية تملكها يتملكها فور الاستيلاء عليها. فالمياه التي يستحوذ عليها صاحب المسقاه الخاصة من النهر أو من مجرى عام تكون ملكاً له. وكذلك من يستولي على قدر من مياه البحر لاستخراج الملح منها، فإنه يتملك هذا القدر. ومن يستأثر بقدر من الهواء عن طريق ضغطه في حيز معين فإنه يتملكه.

وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة (م ٨٧١/ ٢ مدني مصري). ويأخذ نفس الحكم الأسماك في الأنهار والبحار وكذلك ثمار البحار. فهذه تصبح ملكاً لصائدها بالاستيلاء عليها.

وبالنسبة للحيوان والطير فإنه لا يلزم لتملكها بالصيد أن يضع الصائد يده عليها بالفعل وإنما يكفي أن يكون في إمكانه حيازتها ووضع يده عليها بأن تصبح في حالة تعجز معها عن الفرار حتى ولو كانت قد وقعت في أرض الغير، كأن يصاب بإصابة قاتلة أو بجرح يتعذر معه الإفلات من الصائد. أما إذا كانت الإصابة غير معجزة للحيوان أو الطير بحيث يمكنه مع ذلك الفرار فإن من يصيبه بعد ذلك إصابة تعجزه هو الذي يتملكه.

في القانون اللبناني: لم ترد نصوص تفصيلية منظمة لهذه الحالة ولكن تسري عليها هذه الأحكام طبقاً للقواعد العامة[1].

ثانياً: المنقولات التي أصبحت بغير مالك:

وهذه المنقولات تفترض أنها كانت مملوكة من قبل وقد تخلى عنها مالكها بقصد النزول عن ملكيته فتصبح بذلك شيئاً مباحاً يمكن تملكه بالاستيلاء.

وتشمل هذه المنقولات الحيوانات والطيور غير الأليفة التي تمت حيازتها وتملكها من جانب حائزها ثم أطلقت ولم يتتبعها مالكها فوراً أو كف عن تتبعها. وكذلك ما روض منها وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٩١، ص ٢٩١.

هذه العادة. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٨٧١ مدني مصري بقولها: «وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه. وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له».

ويدخل فيها أيضاً المنقولات المتروكة التي كانت مملوكة وتخلى عنها ملاكها بنية النزول عن ملكيتها. ومن ذلك بقايا الطعام والأدوات والملابس القديمة، فتصبح لا مالك لها ويصح الاستيلاء عليها. وكذلك الأشياء المادية المتضمنة مصنفات فكرية بعد تحطيمها وتمزيقها والتخلي عنها من جانب صاحبها، مثل حطام تمثال تخلى عنه صاحبه، أو قصاصات ورق تضمنت نوتة موسيقية أو غير ذلك من الآثار الفنية أو الأدبية أو العلمية، فتصبح هذه الأشياء مباحة يتملكها من يستولي عليها. لكن الملكية تقتصر فقط على الأشياء المادية دون ما تتضمنه من نتاج ذهني أو فكري إذ يمثل ذلك حق للمؤلف لا يمكن تملكه بالاستيلاء عليه. ولذلك لا يجوز لمن استولى على هذه الأشياء المادية أن يعيد تجميعها لتأخذ شكلها الأول ويقوم بنشرها.

في القانون اللبناني: لا توجد نصوص منظمة لهذه الحالة ولذلك تطبق هذه الأحكام لعدم تعارضها مع القواعد العامة.

ثالثاً: حكم الأشياء الضائعة أو المفقودة (اللقطة):

القاعدة: أنها تظل على ملك أصحابها ولا تكون محلاً للاستيلاء ويرجع السبب في ذلك إلى أن المنقولات المتروكة، والتي تكون محلاً للاستيلاء، يتخلى عنها صاحبها بقصد النزول عن ملكيتها ولذلك تصبح لا مالك لها بهذا الترك وبالتالي يمكن تملكها بالاستيلاء. أما الأشياء الضائعة أو المفقودة لم يقصد أصحابها التخلي عنها رغم فقدهم حيازتها ولذلك تظل على ملك أصحابها ولا يجوز الاستيلاء عليها. فإذا عثر عليها أحد وجب عليه أن يردها إلى أصحابها، وإن احتفظ بها بنية تملكها اعتبر سارقاً. ومن أمثلة هذه الأشياء

الحيوانات الأليفة التي تتسرب من أصحابها أو تضل طريقها، والنقود التي يفقدها أصحابها، والحقائب والأمتعة التي يفقدها أصحابها في القطارات أو الطائرات أو وسائل النقل العام، والطرود التي لم يتقدم أصحابها لتسلمها من مكاتب البريد أو مخازن الجمارك. وحكم هذه الأشياء يخضع للوائح خاصة في كل قطاع من القطاعات السابق الإشارة إليها. ولذلك قد أحالت المادة ٨٧٣ مدني مصري بشأن هذه الأشياء والتي تسميها «اللقطة» إلى اللوائح الخاصة التي تنظمها. ولكن إلى جانب هذه اللوائح الخاصة يوجد تنظيم عام لحكم هذه الأشياء يتضمنه الأمر العالي الصادر في ١٨ مايو ١٨٩٨ ينطبق في كل حالة لم يرد بشأنها تنظيم خاص. ويقضي هذا الأمر بأن على كل من يعثر على شيء أو حيوان ضائع، ولم يتيسر له رده إلى صاحبه في الحال، أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة للبوليس في المدن خلال ثلاثة أيام، أو إلى العمد في القرى في ظرف ثمانية أيام، وإلا حكم عليه بغرامة يجوز إبلاغها إلى مائة قرش كما يضيع حقه في المكافأة. وإذا كان قد احتفظ بالشيء أو الحيوان بنية تملكه، فإنه يعتبر سارقاً. أما إذا سلم الشيء أو الحيوان، فإنه يستحق مكافأة قدرها عشر القيمة. وإذا لم يطلب المالك الشيء الضائع خلال سنة، أو الحيوان المفقود في مدة عشرة أيام، تبيع الإدارة الشيء أو الحيوان بالمزاد وإذا كان الشيء قابلاً للتلف قبل مضي ميعاد السنة، جاز بيعه في ميعاد أقصر يعينه المحافظ أو المدير. ويبقى الثمن محفوظاً على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات. فإذا طلبه المالك سلم إليه بعد خصم المصروفات، كمصاريف الحفظ والبيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر على الشيء أو الحيوان. وبعد مضي ميعاد الثلاث سنوات من تاريخ البيع يضاف باقي الثمن إلى أملاك الدولة.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٧٧٠ من المجلة على أنه «يلزم الملتقط أن يعلن أنه وجد لقطة ويحفظ المال في يده أمانة إلى أن يوجد صاحبه، وإذا ظهر أحد وأثبت أن تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها». كما تنص المادة ٦٧٣ عقوبات لبناني بأن «كل من استملك أو رفض أن يرد أو كتم لقطة يعتبر مرتكباً جريمة إساءة الأمانة، ويعاقب بالحبس لغاية سنة وبغرامة لغاية ربع قيمة الردود

والعطل والضرر على ألا تقل الغرامة عن عشر ليرات».

يتضح من ذلك أنه يجب على كل من يعثر على شيء مفقود أو ضائع أن يبلغ عنه إلى أقرب مخفر. وإذا لم يظهر صاحب الشيء في الحال فعليه أن يحتفظ بها على سبيل الأمانة إلى أن يظهر ويسلمها له. وعلى ذلك لا يجوز له أن يحتفظ بها أو يكتم خبرها بقصد تملكها، كما لا يجوز له أن يمتنع عن ردها إلى صاحبها إذا ظهر، فإذا فعل شيئاً من ذلك اعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ويستوجب الحكم عليه بالحبس وبالغرامة وبالتعويض في حدود القدر المذكور. وإذا كانت اللقطة من الأشياء التي يسرع إليها التلف فإنه يجوز له بيعها والاحتفاظ بثمنها إلى أن يظهر صاحبها. ولم ينص القانون عن مدة معينة للاحتفاظ باللقطة، ولذلك إذا طالت هذه المدة دون يظهر صاحبها فإن لمن عثر عليها أن يتمسك بملكيتها بمرور الزمن إذا توافرت شروطه.

المطلب الثاني: حكم الكنز والآثار

في هذا المطلب سنعرض أولاً، لحكم الكنز، ثم نعرض ثانياً لأحكام الآثار.

أولاً: حكم الكنز:

تنص المادة ٨٧٢ مدني مصري على أن «١ ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكية له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته. ٢ ـ والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته».

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٣٧ ملكية عقارية على «أن الكنز الذي يعثر عليه في الأرض، تعود ثلاثة أخماسة لصاحب الأرض، وخمس لمكتشفه، والخمس الأخير للخزينة العامة، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عليها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة».

وعلى ضوء هذه النصوص سنعرض للمقصود بالكنز، ثم نبين شروطه، وأخيراً حكمه ملكية الكنز وأساسها.

١ ـ المقصود بالكنز وشروطه:

يقصد بالكنز كل منقول مدفون أو مخبوء لا يعرف مالكه. وعلى ضوء هذا التعريف يتبين لنا أنه يجب أن يتوافر في الكنز الشروط الآتية:

(أ) يجب أن يكون الشيء المخبوء أو المدفون منقولاً. وعلى ذلك فإن العقارات التي توجد مدفونة في الأرض كالأعمدة أو القبور لا تعتبر كنوزاً ولكنها تعتبر جزء من الأرض التي وجدت فيها ما لم تكن من الآثار.

(ب) يجب أن يكون هذا المنقول مدفوناً أو مخبوءً. وبناءً عليه فإن المنقول الثمين الذي يوجد في مكان ظاهر لا يعتبر كنزاً، فإذا لم يكن له مالك معروف فإنه يعتبر من الأشياء الضائعة ويسري عليه حكمها. وقد أورد النص حكم الكنز المدفون أو المخبوء في عقار حسبما يجري عليه الغالب من الأمر. لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الكنز مخبوءً في منقول، كما لو وضعت أوراق نقدية بين صفحات كتاب، أو أخفيت قطع من العملات الذهبية أو الفضية من الأحجار الثمينة في درج سري في قطعة من أثاث المنزل. ويرى الفقه أنه يمكن مد الحكم الوارد بصدد المنقول المخبوء في عقار إلى هذه الحالة على سبيل القياس[١].

(جـ) يجب ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا الشيء، لأنه إذا استطاع أحد غير مالك العقار أو المنقول الذي وجد فيه الشيء أن يثبت ملكيته لهذا الشيء فإنه يكون صاحب الحق فيه.

فإذا توافرت هذه الشروط فما هو حكم ملكية الكنز وما هو أساس هذه الملكية. هذا هو موضوع الفقرة التالية:

---

(١) انظر محمد كامل مرسي، المرجع السابق، جـ٣، فقرة ٨ ص ١٠، شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ٢٠٥، ص ٢١٥، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٧٤ ص ٤١٧، إسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، ١٩٥٨، ص ٤٨، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص ٢٧٨، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٩٥ ص ٢٩٧، حسن كيرة، المرجع السابق، ١٩٩٤، فقرة ٢٤٩، ص ٤٣٠، السنهوري، فقرة ١١١ ص ٢٨.

٢ ـ حكم ملكية الكنز وأساسه:

في القانون المصري يكون الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه، أو لمالك الرقبة إذا كان العقار مقرراً عليه حق انتفاع أو حكر. وإذا كانت العين التي عثر فيها على الكنز موقوفة، فإن الكنز لا يكون لمالك العقار وهو الوقف، بوصفه شخصاً اعتبارياً، وإنما يكون للواقف إذا كان حياً أو لورثته من بعده إذا كان قد توفي.

ويتضح من ذلك أنه بالرغم من ورود نص المادة ٨٧٢ مدني بين نصوص الاستيلاء فإن سبب تملك الكنز ليس هو الاستيلاء[١] على أساس أنه إذا كان الاستيلاء هو سبب التملك لوجب اعتبار الكنز لمن يعثر عليه ويضع يده بنية تملكه، وليس مالك العقار أو المنقول المخبوء فيه الكنز كما ورد في النص. لكن ما هو سبب التملك إذن؟.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن مالك الأرض يتملك الكنز على أساس أنه من توابع ملكية الأرض وملحقاتها[٢]. وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الكنز لا يصدق عليه وصف الملحقات، كما لا يعتبر من ثمار العقار ومنتجاته، وذلك لأنه لو كان من الملحقات لامتد إليه حق المنتفع إذا كان هناك حق انتفاع، في حين أن النص صريح في أن الكنز يكون لمالك الرقبة[٣]، فالمشرع المصري قدر أن المالك هو أحق الناس بالكنز ما دام لا يعرف مالكه الأصلي[٤]. في الحقيقة إن إهمال المشرع جانب مكتشف الكنز كلية واختصاص المالك به وحده لا

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٨، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص ٢٧٩، فارن السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١١ ص ٢٨، ٢٩.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ٣٧٥ ص ٤١٨، فارق حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٤٩ ص ٤٣٠، حيث يرى أن المشرع يقيم قرينة على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً... بحيث يعتبر المالك متملكاً لما يوجد في أيهما بنفس سبب وسند ملكيته للأرض».

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٨، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١١ ص ٢٧٩، ٢٨٠.

(٤) إسماعيل غانم، نفس الموضع.

لشيء إلا لأنه مالك الرقبة أمر لا يتفق والعدالة، حيث أن العدالة تقتضي أن يعطي المكتشف نصيباً فيما اكتشف[١].

في القانون اللبناني[٢]: تنص المادة ٢٣٧ ملكية عقارية على أن «الكنز الذي يعثر عليه في الأرض، تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض، وخمس لمكتشفه والخمس الأخير للخزينة العامة، مع الاحتفاظ بالتقيدات المنصوص عنها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة.

وعلى ذلك تكون ثلاثة أخماس الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه، أو لمالك الرقبة إذا كان العقار قد قرر عليه حق انتفاع، وخمسه لمن عثر عليه، وخمسه للخزانة العامة. ونحن نرى أنه ليس هناك أي مبرر لإعطاء الخزانة العامة خمس الكنز.

ويتضح من ذلك أن ملكية ـ خمس الكنز لمن عثر عليه سببها الاستيلاء. أما ملكية مالك العقار لثلاثة أخماس الكنز، وكذلك ملكية الخزانة العامة لخمسه فأساسه حكم القانون.

ثانياً: الآثار:

تنص المادة ٨٧٣ مدني مصري على أن الحق في الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة، والقانون الخاص الذي ينظم الآثار هو القانون ٢١٥ لسنة ١٩٥١ وما أدخل عليه من تعديلات بعد ذلك. وقد بين هذا القانون ما يعتبر من الآثار. كما جعل ملكية هذه الآثار للدولة من حيث الأصل، وأجاز في حالات استثنائية حددها القانون أن تكون الآثار فيها وقفاً أو ملكاً خاصاً. وحظر هذا القانون البحث عن الآثار بدون ترخيص.

يتضح من ذلك الآثار قد تكون عقاراً أو منقولاً. وهي بذلك تختلف عن الكنز واللقطة اللذين لا يكونان إلا منقولاً. ووجه الاختلاف بين الآثار واللقطة

(١) إسماعيل غانم، نفس الموضع.

(٢) المشرع الفرنسي يقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذي وجد فيه الكنز وبين من عثر عليه (م ٧١٦ مدني) والقانون السوري يأخذ بنفس حكم القانون اللبناني (م ٨٣٠ مدني).

يكمن في أن الآثار غالباً ما تكون مدفونة أو مخبوءة في باطن الأرض، أما اللقطة فهي منقول ظاهر يعثر عليه أحد الناس. وبالرغم من أن الآثار تشترك مع الكنز في صفة عدم الظهور، أي أن كلاً منهما يكون مدفوناً أو مخبوءً، إلا أن قيمة الآثار لا تقف عند الثمنية، وإنما يكون لها قيمة حضارية كبيرة مما يجعلها من التراث القومي للأمة. ولذلك فإن الآثار لا تخضع للاستيلاء وإنما كرس القانون لها قواعد وأحكام خاصة تكفل حفظها وصيانتها حتى تدوم وتنتقل من جيل إلى جيل لتكون رمزاً للحضارة والتاريخ، وقد أوجب القانون على من يعثر مصادفة على أثر، منقول أو عقار، على سطح الأرض أو في باطنها أن يبلغ عنه في الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختصة وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه الجهة المختصة بذلك وإلا اعتبر مستولياً على أثر بغير ترخيص. ويخضع بالتالي للعقوبة المقررة لذلك في قانون الآثار.

وإذا ما تم العثور على الأثر في أرض مملوكه ملكية خاصة، ولم يتقرر أنها أثر، فإن هذا الأثر يعتبر مع ذلك من الأملاك العامة للدولة ويجب على من عثر عليه أن يبلغ عنه أو يسلمه في الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختص ويكون له في هذه الحالة مكافأة تقررها لجنة خاصة[1].

في القانون اللبناني: تخضع الآثار لعدة قرارات صدرت في شأن تحديدها وتنظيم أحكامها[2] وتعتبر الآثار من الأملاك العامة للدولة إلا ما كان وقفاً أو ملكاً خاصاً طبقاً لأحكام القانون. كما أن القانون حظر التنقيب عن الآثار بدون ترخيص. وأوجب على من يعثر على أثر أن يبلغ عنه في خلال أربع وعشرين ساعة من اكتشافه أو العثور عليه إلى أقرب جهة إدارية وإلا خضع للعقوبة المقررة لذلك. وغير ذلك من القواعد التنظيمية التي تكفل حماية الآثار والمحافظة عليها[3].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٣، ص ٤٠، وما بعدها.
(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٩٦ ص ٣٠١.
(٣) انظر في تفصيل ذلك عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٩٦، ص ٣٠٢.

المبحث الثاني: في مجال العقارات

عدم جواز الاستيلاء على العقار في القانون المصري:

تنص المادة ٨٧٤ مدني مصري على أن «١ ـ الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة. ٢ ـ ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح. ٣ ـ إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك»[1].

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها والذي قضى بإلغاء الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني مصري (م ٨٦/ ١).

واستمر الحال على هذا المنوال إلى أن صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية ليحدد المقصود بالأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام هذا القانون، والمناطق الصحراوية التي يجوز للأشخاص التملك فيها والجهة المختصة بذلك، وليبين الحد الأقصى للملكية في الأراضي الصحراوية

---

(١) يلاحظ أن تملك هذه الأراضي بالزرع أو البناء أو الغراس طبقاً لهذا النص لا يعتبر استيلاءً بالمعنى الفني الدقيق. وكان هذا النص لا يطبق على الأراضي الداخلة في زمام البلاد حيث لا يرد عليها التملك بالاستيلاء أياً كانت وسيلته انظر نقض ٢٢/ ١/ ١٩٨٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٣٣ ص ١٣٥.

والخاضعة لأحكام هذا القانون[1]. وفي جميع الأحوال لا يفيد من التملك وفقاً لأحكام هذا القانون سوى المصريين دون سواهم (م ١٢/ ٢).

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨[2] بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ ليستبدل بنص الفقرة الثانية من المادة ١٢ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ النص الآتي:

«لا يفيد من التملك وفقاً لأحكام هذا القانون سوى المصريين، ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها، وبعد موافقة مجلس الوزراء، معاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين في هذا القانون».

«وفي حالة زيادة الحد الأقصى للملكية عن الحدود الواردة بهذا القانون تتبع أحكام المادة (٧) من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها».

وأخيراً قد صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة[3] ليبين بصفة عامة كيفية تحديد المناطق المختلفة في الأراضي الصحراوية، والهيئات القائمة عليها وكيفية ممارسة هذه الهيئات لاختصاصاتها وحدد سلطات الإدارة المحلية بالنسبة لما هو داخل الزمام والمنطقة المتاخمة والممتدة خارج الزمام إلى مساحة ٢ كم، وكيفية تغيير التخصيص، وكيفية حسم الخلاف بين الجهات المختلفة والجهة المختصة بذلك، وأخيراً مدى نفاذ قرارات مجالس إدارة الهيئات المشرفة على المناطق المختلفة[4].

---

(١) انظر للمؤلف القانون الزراعي، الملكية الزراعية، الإيجار الزراعي، دار المعرفة الجامعية ١٩٩٤ ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) الجريدة الرسمية العدد ١٤ مكرر في ٩/ ٤/ ١٩٨٨.

(٣) الجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرر في ١٣/ ٣/ ١٩٩١.

(٤) انظر في تفصيل ذلك للمؤلف القانون الزراعي المرجع السابق الإشارة إليه ص ٨٦ وما بعدها.

كما أن القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ قد جعل التركات التي لا وارث لها من أموال الدولة الخاصة. فقد نصت المادة الأولى على أن «تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يخلفها المتوفون من غير وارث، أياً كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم».

خلاصة ما تقدم أن العقارات لا تصلح أن تكون محلاً للتملك بالاستيلاء بالمعنى الدقيق وبالتالي ينحصر نطاق الاستيلاء في المنقولات وحدها على النحو السابق بيانه.

في القانون اللبناني: ما مدى جواز الاستيلاء على الأراضي؟.

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي علينا أن نبين أنواع الأراضي في القانون اللبناني، لنحدد بعد ذلك نطاق الاستيلاء على الأراضي في هذا القانون.

أنواع الأراضي في القانون اللبناني:

قد نظم قانون الملكية العقارية الصادر بالقرار رقم ٣٣٣٩ في ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠ في الفصل الثاني منه أنواع العقارات. ويتضح من هذه النصوص أن أنواع الأراضي خمسة على النحو التالي:

١ ـ **الأراضي الملك**: وهي الأراضي الكائنة داخل مناطق الأماكن المبينة كما هي (أي المناطق) محددة إدارياً والتي يجري عليها حق الملكية المطلقة، وهي المدن والقرى (م ٥ ملكية عقارية).

٢ ـ **الأراضي الأميرية**: وهي الأراضي التي تكون رقبتها للدولة والتي يمكن أن يجري عليها حق التصرف (م ٦ ملكية عقارية) وهذه الأراضي تشمل الأراضي الزراعية الواقعة خارج المدن والقرى.

٣ ـ **الأراضي المتروكة المرفقة**: وهي الأراضي التي تخص الدولة ويكون عليها لإحدى الجماعات حق استعمال تحدد مميزاته ومداه العادات المحلية والأنظمة الإدارية (م ٧ ملكية عقارية) وتعتبر هذه الأراضي ملكاً خاصاً للبلدية إذا كانت داخلة في نطاقها. ولسلطات البلدية أن تلغى أو تعدل حق الاستعمال

على بعض أقسام هذه الأراضي مع المحافظة على حقوق الغير (م ٧/٢ ملكية عقارية).

٤ ـ **الأراضي المتروكة المحمية**: وهي الأراضي التي تخص الدولة أو البلديات وتكون جزء من الأموال العامة (م ٨ ملكية عقارية) من ذلك الطرق والجسور والساحات العامة.

٥ ـ **الأراضي الخالية المباحة**: وهي الأراضي الموات التي تخص الدولة، إلا أنها لم يجر التعرف عليها أو تحديدها، فيصبح لمن يشغلها أولاً، بموجب رخصة من الدولة، حق أفضلية فيها طبقاً للشروط المعينة في أنظمة أملاك الدولة (م ٩ ملكية عقارية).

ـ نطاق الاستيلاء في القانون اللبناني ـ الأراضي الخالية المباحة:

ينحصر نطاق الاستيلاء على العقارات في القانون اللبناني على الأراضي الخالية المباحة، أي الأراضي الموات التي تخص الدولة والتي لم يجر التعرف عليها أو تحديدها.

وقد نظم قانون الملكية العقارية الاستيلاء على هذه الأراضي على نحو معين. فيلزم لإشغال هذه الأراضي ترخيص من الدولة (م ٩ ملكية عقارية). ويكون لمن استولى عليها بمقتضى هذا الترخيص أفضلية في اكتساب حق التصرف عليها (م ٢٣٤ ملكية عقارية).

ويلزم لاكتساب حق التصرف عليها أن يقوم صاحب حق الأفضلية بإحياء هذه الأرض، بأن يثبت بأنه فلحها أو غرسها أو بنى عليها أو أصلحها وفقاً للأنظمة الخاصة بأملاك الدولة لمدة ثلاث سنوات. ولكنه يفقد حق التصرف بعدم استعماله مدة ثلاث سنوات متوالية خلال العشر سنوات التالية للتسجيل (م ٢٣٥ ملكية عقارية). فإذا استعمل حقه، ولم يفقده طوال هذه العشر سنوات، استقر حقه له بصفة نهائية. وفي هذا يختلف حق التصرف الذي يكسب بالإشغال على الأراضي الخالية المباحة عن حق التصرف الذي يجري على الأراضي الأميرية حيث أن هذا الأخير يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات

(م ١٩ ملكية عقارية) أياً كانت الفترة الزمنية التي أهملت فيها الأرض.

وعلى ذلك فإنه لا يخول الإشغال اكتساب أي حق كان على عقار مسجل في السجل العقاري أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة، ولا على الغابات والعقارات المتروكة المرفقة أو المحمية (م ٢٣٦ ملكية عقارية).

وقد نظم القرار رقم ٢٧٥ الصادر في ٢٢ آيار ١٩٢٦ بملك أموال الدولة الخاصة فيما عدا الأراضي الخالية المباحة. وقد جعل هذا القرار الطريق الوحيد لتملك هذه الأموال هو الشراء بطريق التأجير مع الوعد بالبيع أو التراضي أو المزاد العلني وفقاً لشروط خاصة. وعلى ذلك فإن الأراضي الخالية المباحة يجوز شراؤها بإحدى هذه الطرق أو بالإشغال على النحو السابق بيانه[١].

---

(١) انظر عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٩٠ ص ٢٩١.

الفصل الثاني

الالتصاق (الإلحاق)

تعريف وتكييف الالتصاق:

الالتصاق هو اتحاد أو اندماج شيئين، غير مملوكين لشخص واحد، اندماجاً مادياً بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان.

وقد رتب القانون على هذا الاندماج المادي أثراً قانونياً، وهو تملك مالك أحد الشيئين الشيء الآخر بقوة القانون أو بحكم القاضي. فالالتصاق سبب من أسباب كسب الملكية يقوم على الاتحاد بين شيئين يتعذر الفصل بينهما، فجعل القانون مالك الشيء الأصلي يتملك الشيء الفرعي أو التبعي.

وعلى ذلك فإن الشيء الذي التصق بالشيء الأصلي لا يمكن اعتباره من ملحقاته والقول، بالتالي، أن حق مالك الشيء الأصلي يمتد إليه[1]، إذ الفرض أن هذا الشيء لم يكن مملوكاً من قبل لمالك الشيء الأصلي حتى يجري عليه حكم الملحقات. وعلى ذلك فإن سبب اكتساب المالك الأصلي للشيء الذي التصق به هو الالتصاق باعتباره سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية[2].

---

(١) انظر في من يقول بفكرة الملحقات، ديمولومب، جـ ٩، فقرة ٥٧٢، ٥٧٣، بيدان وفوران، فقرة ٣٣٧ ص ٣٥٧، ٣٥٨، ربير وبولانجيه، جـ ١، فقرة ٢٨٣٠، شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٤٠، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠.

(٢) أوبري ورو، جـ ٢ فقرة ١٩٢ هامش ١ ص ٢٨١، وفقرة ٢٠٢ هامش ١ ص ٣٧٦، بلانيول وربير وبيكار، جـ ٣ فقرة ٢٥٦ ص ٢٥٦، محمد كامل مرسي، المرجع السابق، جـ ٣ فقرة ٣٩ ص ٤٩ هامش ١، محمد علي عرفة، المرجع السابق، جـ ٢ =

والالتصاق قد يكون بعقار وقد يكون بمنقول وهذا ما سنعرض لأحكامه فيما يلي.

المبحث الأول: الالتصاق بالعقار

الالتصاق الطبيعي والالتصاق الصناعي:

الالتصاق الطبيعي هو ما يتم بفعل الطبيعة ودون تدخل الإنسان، ويتحقق ذلك بفعل المياه ويترتب عليه زيادة رقعة الأرض، أما الالتصاق الصناعي فهو الذي يتم بفعل الإنسان وذلك عن طريق إقامة بناء أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض أو في جوفها بمواد غير مملوكة لمالك الأرض. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: الالتصاق الطبيعي

نطـاقـه:

يتجلى الالتصاق الطبيعي في صور عديدة، منها الطمى الذي يجلبه النهر تدريجياً ويلتصق بالأراضي المجاورة له، وهذه هي الصورة الوحيدة التي تخضع لحكم الالتصاق، ومنها الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه، وهو ما يسمى بطرح النهر، وأخيراً الأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر أو البحيرات أو البرك.

أولاً: تملك طمى النهر بالالتصاق:

تنص المادة ٩١٨ مدني مصري على أن «الأرض التي تتكون من طمى

= فقرة ٢٥ ص ٤٥، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٨٢، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٩٧ ص ٣٠٤، السنهوري، الوسيط، جـ ٢٩، فقرة ٨٩ ص ٢٤٦، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٠ ص ٢٩٥، ٢٩٦.

يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاك المجاورين».
وتنص المادة ٢٠٦ ملكية عقارية لبناني على أن «الطمى أي التراب الذي يتجمع على التوالي، دون أن يستلفت النظر على الأرض المجاورة لمجرى ماء، يكون ملكاً لصاحب تلك الأرض».

هذا النص ينصرف إلى الأرض التي تتكون من الطمى الذي يجلبه النهر والذي يترسب على مر الزمن عاماً بعد عام على حافة الأرض الملاصقة لمجرى النهر ودون تدخل من جانب الإنسان. وعلى ذلك فإنه **يلزم أن تتكون هذه الأراضي بطريقة تدريجية غير محسوسة**. وبناءً عليه فإن الزيادة في الأرض الملاصقة لمجرى النهر والتي تحدث دفعة واحدة نتيجة اقتطاع مياه النهر لجزء من الأرض بقوة اندفاعها وإلقاءها في مكان آخر لا يعتبر طمى النهر وإنما يطلق عليه «طرح النهر».

ويشترط لتملك مالك الأرض المجاورة لطمى النهر أن يكون الجزء الذي تكون بفعل **الطمى ملتصقاً بأرضه**، فإذا لم يتحقق التلاصق فلا تتوافر شروط التملك.

فإذا توافرت هذه الشروط فإن الزيادة الناشئة عن الطمى تكون ملكاً لمالك الأرض المجاورة وتمتد إليها كافة الحقوق التي كانت مقررة على الأرض الأصلية كالانتفاع والارتفاق.

ثانياً: حكم طرح النهر:

تنص المادة ٩٢١ مدني مصري على أن «الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التي تتكون في مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها».

وتنص المادة ٢٠٨ ملكية عقارية لبناني على أن «الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في مجرى الأنهر والجداول تكون من أملاك الدولة الخاصة».

وتخضع ملكية طرح النهر لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص

بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها. وقد نظم الباب الثاني منه (المواد من ١١ إلى ٢١) «طرح النهر وأكله» وطبقاً لنص المادة ١١ من هذا القانون **يعتبر طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة**. في مقابل ذلك إذا كان ملاك الأراضي التي أكلها النهر يفقدون ملكية هذه الأراضي، فالدولة ـ وهي التي تتملك أراضي طرح النهر ـ تعوضهم عما أكل من أرضهم (م ١٤). وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة (م ١١).

وقد نظم القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ التصرف في هذه الأراضي فنص على أن تؤول إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي أراضي الطرح لتوزيعها على صغار الفلاحين وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي (م ١/٨) وأجاز استثناء بيع هذه الأراضي بطريق الممارسة في حدود خمسة أفدنة لكل مشتر وفقاً لشروط خاصة (م ١٠).

في القانون اللبناني: يعتبر طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة. وبموجب القرار رقم ٢٧٥ الصادر في ٢٢ آيار سنة ١٩٢٦ فإن الطريق الوحيد لتملك هذه الأراضي، فيما عدا الأراضي الخالية المباحة، هو الشراء بطريق التأجير مع الوعد بالبيع أو التراضي أو المزاد العلني وفقاً لشروط خاصة.

ثالثاً: حكم الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو البرك:

تنص المادة ٩١٩ مدني مصري على أن «١ ـ الأراضي التي ينكشف عنها البحر تكون ملكاً للدولة. «٢ ـ ولا يجوز التعدي على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر».

كما نصت المادة ٩٢٠ مدني على أن «ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه».

ويتضح من هذه النصوص أن ملاك الأراضي المجاوزة للبحر أو للبحيرات والبرك لا يتملكون بالالتصاق الأراضي الملاصقة لأراضيهم والتي تنكشف عنها

المياه، فالأصل أن هذه الأراضي تعتبر مملوكة للدولة، ما لم تكن في أصلها مملوكة لأحد الأفراد وطغت عليها المياه ثم انحسرت عنها فإنها تبقى على ملك مالكها الأصلي. وإذا انكشفت مياه البحيرات أو البرك عن جزء من الأرض فيكون هذا الجزء ملكاً للدولة أو لمالك البحيرة أو البركة إذا كانت مملوكة ملكية خاصة[1].

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٠٩ ملكية عقارية على «أن ما يتكون في داخل البحيرات من الجزر الكبيرة والصغيرة من الطمى، طمى البحيرات والبحر يكون من أملاك الدولة الخاصة».

كما تنص المادة ٢١٠ ملكية عقارية على «أن الأراضي المكتسبة من البحر والبحيرات والغدران والمستنقعات دون ترخيص سابق لمكتشفها، تكون من أملاك الدولة الخاصة».

يتضح من هذه النصوص أن الجزر، صغيرة كانت أو كبيرة، والتي تتكون من الطمى داخل البحيرات وكذلك الطمى الناتج من البحيرات والبحر يكون مملوكاً ملكية خاصة للدولة ما لم تكن في أصلها مملوكة لأحد الأفراد. كما أن اكتساب أحد الأفراد للأرض التي تنكشف عنها مياه البحر أو البحيرات أو الغدير أو البركة أو المستنقع دون أن ترخص له الدولة بذلك سلفاً فإن هذه الأراضي تبقى من أملاك الدولة الخاصة.

ـ حكم الأراضي التي تتحول عن موقعها في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢٠٧ ملكية عقارية على أنه «يحق لصاحب الأراضي التي تتحول عن موقعها بحادث طارىء إلى أرض وطيئة أن يطالب بها، إذا أمكن معرفتها، في أثناء السنة التي تلي الحادث الطارىء، تحت طائلة سقوط هذا الحق».

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٨٧، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٤ ص ٤٠٣، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٠١ ص ٣٠٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٥٥.

هذا النص يعالج فرضاً نادراً وهو انخساف الأرض إلى مستوى أدنى بفعل عوامل جيولوجية، كزلزال أو نحوه من الحوادث الطارئة. فإذا زالت معالم هذا الجزء الذي انخسف في بطن الأرض فلا مجال للمطالبة به، أما إذا أمكن التعرف عليه فلمالكه أن يطالب به. وقد حدد المشرع مدة لهذه المطالبة، وهي مدة السنة التالية لوقوع الحادث. فإذا لم تحدث المطالبة خلال هذه السنة سقط الحق فيها. وهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم. ويمكن تطبيق هذا الحكم على سبيل القياس إذا تحولت الأرض موقعها إلى مستوى أعلى[1].

ـ حكم المجرى الذي يتحول عنه النهر أو الجدول:

تنص المادة ٢١١ ملكية عقارية على أنه «إذا تحول نهر أو جدول عن مجراه القديم واتخذ مجرى جديداً، يحق لأصحاب العقارات المجاورة اكتساب ملكية هذا المجرى القديم، كل واحد في المساحة الممتدة أمام أرضه لغاية خط يفترض وقوعه في وسط النهر، ويحدد ثمن المجرى القديم بمعرفة خبراء يعينهم رئيس المحكمة المحلية» «ويوزع الثمن الحاصل من هذا البيع، بصفة تعويض على أصحاب الأراضي التي يشغلها المجرى الجديد. بنسبة قيمة الأرض التي يكون خسرها كل منهم».

المطلب الثاني: الالتصاق الصناعي بالعقار

تمهيـد:

ترجع صفة الالتصاق بالعقار بأنه صناعي إلى أنه يتم بفعل الإنسان وتدخله وذلك على خلاف الالتصاق الطبيعي. وتثور مشكلة الالتصاق الصناعي بالعقار في حالة ما إذا أقيم على أرض مملوكة لشخص معين بناءً أو غراس أو منشآت أخرى بمواد مملوكة لشخص آخر غير مالك هذه الأرض. وبذلك لا تثور مشكلة الالتصاق إذا كان مالك الأرض قد أقام المنشآت أو البناء أو الغراس على أرضه بمواد مملوكة له.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٠٢ ص ٣٠٩.

وقد وضع المشرع المصري القواعد الواجبة الاتباع للفصل فما قد يثور بين المالكين من نزاع (م ٩٢٣ - ٩٣٠ مدني) هذه القواعد تقوم على أساس أن الأرض تعتبر دائماً هي الأصل - حتى ولو كانت أقل قيمة من الأبنية أو الغراس أو المنشآت الأخرى - وأن كل ما يقام عليها يعتبر فرعاً تابعاً لها. ويرجع ذلك إلى أن الأرض موجودة أصلاً ويتصور وجودها دون منشآت بينما لا يتصور قيام المنشآت دون الأرض، فهي تعتمد دائماً على الأرض[١].

والغالب المألوف في الحياة أن ما يقام من أبنية أو غراس أو منشآت أخرى على الأرض أو تحتها يكون من عمل صاحب الأرض وأقامها على نفقته ولذلك تكون مملوكة له. ولهذا أقام المشرع على أساس هذه الحالة الغالبة قرينة قابلة لإثبات العكس. فنصت المادة ١/٩٢٢ على أن «كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض أقامها على نفقته ويكون مملوكاً له».

وعلى ذلك إذا جرى هذا الأصل على إطلاقه فلا محل لإعمال أحكام الالتصاق. لكن هذا الأصل ليس بالمطلق إذ الحياة تعرف فروض تخرج عن هذا الأصل. ولذلك يبيح المشرع نقض القرينة القانونية المقررة لهذا الأصل المبني على حكم الغالب المألوف بإثبات عكس مقتضاها[٢] فتنص المادة ٢/٩٢٢ مدني على أنه «يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته. كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها» - ويقع عبء إثبات عكس هذه القرينة على ما يدعى خلافها طبقاً للقواعد العامة في عبء الإثبات. فإذا فلح في ذلك، بأن أثبت أن مالك الأرض غير مالك المنشآت ثارت مشكلة الالتصاق. والحل الذي تبناه المشرع في هذا

---

(١) إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٥٦، حسن كيرة، فقرة ٢٣٥ ص ٤٠٤، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٠٤ ص ٣١١.

(٢) انظر نقض مدني في ١٩٦٦/٥/٥، مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٠١٩.

الصدد أن مالك الأرض يكتسب بالالتصاق ملكية المنشآت المقامة عليها طبقاً للمبدأ السابق الإشارة إليه أن مالك الأصل ـ وهو مالك الأرض ـ يكتسب بالالتصاق ملكية الفرع، أي المنشآت المقامة عليها مقابل تعويض وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع في هذا الخصوص[1] وقد التزم المشرع المصري هذه القاعدة على نحو مطرد. أما المشرع اللبناني لم يلتزم حرفية هذه القاعدة في جميع الأحوال.

وعندما تثور مشكلة الالتصاق بإقامة الدليل العكسي للقرينة التي وضعها المشرع، فإن هذه المشكلة لا تخرج عن ثلاثة فروض:

١ ـ إما أن يكون البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى قد أقامها مالك الأرض في أرضه بمواد مملوكه للغير.
٢ ـ إما أن يكون قد أقامها بمواد من عنده في أرض الغير.
٣ ـ إما أن يكون قد أقامها شخص في أرض غيره وبمواد مملوكه لشخص ثالث.

ولنر حكم هذه الفروض على التوالي:

أولاً: المنشآت التي يقيمها مالك الأرض بمواد مملوكة لغيره:

تنص المادة ٩٢٣ مدني مصري على أن «١ ـ يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكه لغيره، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت» «٢ ـ فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه. أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض».

وهنا سنعرض للفرض الذي يعرض له النص وحكمه، ثم نبين بعد ذلك حقوق مالك المواد.

---

(١) انظر نقض ١٦/٢/١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض، س ٣٤ ص ٤٨٢.

١ ـ **الفرض الذي يعرض له النص وحكمه:**

هذا النص يعرض للفرض الذي يقيم فيه صاحب الأرض بناء أو غراس أو منشآت أخرى على أرضه مستخدماً في ذلك مواد مملوكه لغيره.

هذا يقتضي بطبيعة الحال أن تكون هذه المواد المملوكة للغير مما يستخدم في إقامة هذا البناء أو تلك المنشآت، كالأخشاب والأحجار والأنابيب وغير ذلك، أو في الغراس كالبذور أو الشجيرات الصغيرة التي تغرس في الأرض. وعلى ذلك إذا وضع صاحب الأرض في بنائه تمثالاً أو أثراً ثميناً مملوكاً لغيره فإن النص لا ينطبق. كما أنه يلزم أن تكون هذه المواد قد اندمجت في العقار اندماجاً مادياً بحيث تدخل في تكوين العقار بطبيعته. ولذلك إذا تعلق الأمر بمنقول مملوك للغير رصده صاحب الأرض لخدمتها واستغلالها دون أن يندمج فيها فإن هذا النص لا ينطبق أيضاً.

فإذا تحقق هذا الفرض بمقتضياته فإن صاحب الأرض يتملك البناء أو الغراس أو المنشآت الأخرى بحكم الالتصاق وذلك في حالة عدم استرداد صاحب هذه المواد لها وفقاً لما يقضي به المشرع.

لكن مما تجدر ملاحظته أن هذا الفرض لا يعرض في العمل إلا نادراً، لأنه في الغالب أن يتملك صاحب الأرض هذه المواد بمقتضى قاعدة «الحيازة في المنقول سند الحائز». وعلى ذلك فلا يتحقق هذا الفرض في العمل إلا إذا تخلف أحد شروط هذه القاعدة.

فإذا تبين أن مالك الأرض لم يتملك هذه المواد، كان لمالك المواد طبقاً لنص المادة ٩٢٣ أن يستردها إذا توافرت شروط معينة، فإن لم يستطع استردادها كان له الحق في قيمتها، والتعويض إن كان له وجه. وهذا ما سنعرض له بالتفصيل في الفقرة التالية.

٢ ـ **حقوق مالك المواد:**

أعطى المشرع لمالك المواد التي استخدمها صاحب الأرض في إقامة المنشآت حق استردادها وذلك إذا توافر شرطان:

الأول: أن يكون من الممكن نزع هذه المواد دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم. فإذا كان من شأن النزع إحداث ضرر جسيم بالمنشآت، كما لو كانت هذه المواد أحجاراً استعملت في إقامة البناء، فلا يجوز نزعها. فإذا أمكن نزعها ليستردها صاحبها فإن مصروفات هذا النزع تكون على صاحب الأرض، سواء كان حسن النية أو سيء النية. علاوة على ذلك يكون لصاحب المواد الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقته طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أي إذا ثبت خطأ مالك الأرض أو إهماله.

الثاني: أن يرفع مالك المواد دعوى الاسترداد خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه أنها اندمجت في هذه المنشآت. وهذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ولذلك لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع.

فإذا لم يطلب صاحب المواد نزعها أو لم يكن طلبه مقبولاً لعدم توافر شروطه، كانت المنشآت ملكاً خالصاً لصاحب الأرض، أي يتملك المواد بالالتصاق. ولكنه يلزم بدفع قيمتها إلى المالك الأصلي سواء كان حسن النية أو سيء النية. علاوة على ذلك يجب عليه أن يعوض صاحب هذه المواد عما لحقه من أضرار طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أي إذا ثبت خطأ مالك الأرض أو إهماله.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢١٤ ملكية عقارية على «أن صاحب الأرض، إذا بنى عليها بمواد بناء لغيره أو بذرها بحبوب كانت لغيره لا يلزم برد هذه المواد أو هذه الحبوب، ولكن يجب أن يدفع ثمنها لأصحابها».

يتضح من ذلك أن المشرع اللبناني أعطى لصاحب الأرض الحق في تملك المواد التي استعملها في إقامة المنشآت أو الغراس بالالتصاق في جميع الأحوال. وبناءً على ذلك فإنه لا يحق لمالك المواد أن يطلب استردادها، حتى ولو كان من الممكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم وذلك على خلاف حكم القانون المصري.

لكن المشرع اللبناني ألزم صاحب الأرض في هذه الحالة بأن يدفع

ثمن هذه المواد لمالكها سواء كان حسن النية أو سيء النية. علاوة على ذلك فإنه يجب على مالك الأرض أن يعوض صاحب هذه المواد عما لحقه من أضرار طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، إذا ثبت ارتكابه خطأ أو إهمال.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الالتصاق يعتبر سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية[1] وبالتالي لا يعتبر الالتصاق مانعاً فقط من الاسترداد، بمعنى أنه إذا تملك صاحب الأرض الأدوات المملوكة للغير بالالتصاق خلصت ملكيتها له نهائياً، فلا يجوز لمالك هذه الأدوات أن يطلب استردادها إذا هدم المبنى بعد ذلك حتى ولو كان لم يقبض التعويض المستحق له بعد.

ثانياً: المنشآت التي يقيمها شخص بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره:

تنص المادة ٩٢٤ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت».

«٢ ـ يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض إن يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة».

وتنص المادة ٩٢٥ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا كان من أقام المنشآت

(١) انظر نقض مدني في ٢٨/ ١/ ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧، حيث قضت بأن «أحكام الالتصاق بالعقار أوردها المشرع في القانون المدني بالفصل الثاني ـ المنظم لأسباب كسب الملكية ـ من الباب الأول للكتاب الثالث، فاعتبره سبباً مستقلاً قائماً بذاته من الأسباب القانونية للملكية...».

المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلا يكـون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشـآت، هذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها» ٢ ـ إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل».

كما تنص المادة ٩٢٦ مدني مصري على أنه «إذا أقام أجنبـي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد إتفاق في شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة السابقة».

وأخيراً تنص المادة ٩٢٧ مدني على أن «تسري أحكام المادة ٩٨٢ في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة».

ولدراسة هذا الموضوع يجب أن نعرض أولاً، للفرض الذي تعرض له هذه النصوص وحكمه، ثم نبين ثانياً شروط تطبيق قواعد الالتصاق على المنشآت التي تقام على أرض الغير، وأخيراً نبين كيفية أداء التعويض في هذه الحالة.

١ ـ الفرض الذي تعرض له هذه النصوص وحكمه:

هذه النصوص تعرض للفرض الذي يقيم فيه شخص منشآت بمواد مملوكة له على أرض مملوكه لغيره. في هذه الحالة أعطى المشرع لصاحب الأرض أن يتملك المنشآت بالالتصاق إذا لم تتم إزالتها وفقاً للأحكام الخاصة بالإزالة.

ـ أثر حسن وسوء نية من أقام المنشآت:

يتجلى أثر حسن وسوء نية من أقام المنشآت على مدى الحق في طلب إزالة المنشآت من عدمه، وعلى مدى التعويض الذي يلتزم به مالك الأرض

عندما يتملك المنشآت[1].

وسوء النية يرجع إلى علم من أقام المنشآت ـ وقت إقامتها ـ بأنه يعتدي على حق الغير. ويتحقق ذلك إذا كان من أقام المنشآت يعلم أن الأرض مملوكة لغيره وبالتالي ليس له الحق في إقامة البناء أو الغراس. ويستوي مع هذا العلم الجهل الناشىء عن خطأ جسيم[2]. وعلى من يدعي سوء النية عبء إثباته[3].

ويعتبر الباني أو الغارس حسن النية إذا كان يعتقد، وقت البناء أو الغراس، أن الأرض مملوكة له أو أن له الحق في إقامة المنشآت، وحسن النية أمر مفترض وعلى من يدعي خلافه أن يقيم الدليل[4] والعبرة في حسن النية هو بوقت البناء ولو زال بعد ذلك[5].

---

(١) انظر نقض مدني في ١١/٦/١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، . ص ١١٣٣ حيث قضت، «بأن مفاد نص المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ من القانون المدني أنه إذا كان صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره فيجب التفرقة بين ما إذا كان سيء النية أو حسن النية. فإذا كان سيء النية أي يعلم أن الأرض ليست مملوكة له وبنى دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا ـ إذا أثبت ذلك ـ أن يطلب الإزالة على نفقة الباني وإعادة الشيء إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت فإذا مضت سنة أو إذا لم يجر الإزالة تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحق الإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء. أما إذا كان الباني حسن النية إن كان يعتقد أن الأرض مملوكة له ـ وهو أمر مفترض إلا إذا قام الدليل على عكسه ـ فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة».

وانظر أيضاً نقض ٢٨/١/١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧ حيث قضت المحكمة بأن «حسن نية الباقي في أرض لا يملكها ليس له من أثر في تملك البناء، وإنما ينحصر أثره في صنع صاحب الأرض من طلب الإزالة تطبيقاً للمادة ٩٢٤ من القانون المدني، وتخويل الباقي حقاً في طلب التعويض وفقاً للضوابط الواردة بنص المادة ٩٢٥».

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١١٩ ص ٢٩٠.

(٣) نقض ١١/٦/١٩٦٨ السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١١/٦/١٩٦٨ السابق الإشارة إليه.

(٥) نقض ١٦/١٢/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ١١٧٤.

وتقدير حسن أو سوء نية الباني أمر تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض ما دامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفي لحمله[1] وإذا أغفل الحكم بحث حسن أو سوء نية الباني فإنه يكون مشوباً بالقصور فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون[2].

وبناءً على ما تقدم يجب أن نعرض للحكم في حالة سوء النية وفي حالة حسن النية وهذا موضوع الفقرات التالية:

(أ) حالة سوء النية:

بمقتضى نص المادة ١/٩٢٤ مدني أعطى المشرع في هذه الحالة لصاحب الأرض الخيار بين أمرين: إما طلب لإزالة المنشآت، وإما استبقائها.

- فإذا ما اختار الإزالة، فإنه يجب أن يطلب ذلك في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت[3]. فإذا مضت سنة دون أن يتقدم بطلب الإزالة سقط حقه فيه[4] وتملك المنشآت بالالتصاق. ويراعى أن الإزالة تكون على نفقة

---

(١) نقض ١٩٧٤/١٢/٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥ ص ١٣٧٣.

(٢) نقض ١٩٧٥/١٢/٨، مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ١٥٨٦.

(٣) وفي خصوص المقصود بكلمة «**يطلب**» الواردة في نص المادة ١/٩٢٤ مدني قد قضت محكمة النقض «بأنها تؤدي ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو «رفع الدعوى» وقد عبر القانون المدني في العديد من نصوصه بكلمة «يطلب» قاصداً بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به، هذا إلى أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ بالجمع بين الحق في طلب الإزالة والحق في طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى «الطلب» وهو «رفع الدعوى» وإلا جاز القول بأنه يكفي مجرد إبداء الرغبة بأي طريق في طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء في هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مرعياً، إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه» نقض ١٩٧٨/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ص ١٢٦٥.

(٤) نقض ١٩٧٥/٢/٣ مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ٣١٩ ويراعى أن «ميعاد السنة الذي يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ إلا من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض =

الباني أو الغارس. علاوة على ذلك فإن لصاحب الأرض أن يطلب التعويض من الباني إذا لحقه ضرر من جراء إقامة المنشآت ثم إزالتها. ويجب أن يكون طلب التعويض خلال نفس المدة كما هو واضح من نص المادة ٩٢٤/ ١ مدني[1].

- وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة وإنما طلب استبقاء المنشآت فإنه يتملك أيضاً في هذه الحالة المنشآت بالالتصاق.

وفي كلتا الحالتين يكون هذا التملك في مقابل دفع إحدى القيمتين:

- قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أي قيمة الأنقاض مخصوماً منها مصاريف الإزالة.

- أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. والخيار يكون بطبيعة الحال لصاحب الأرض، وهو سيختار بداهة أقل القيمتين.

وبذلك يكون المشرع قد خرج عن حكم القاعدة العامة في الإثراء على حساب الغير التي نصت عليها المادة ١٧٩ مدني، والتي بمقتضاها يلزم المثري بأقل القيمتين قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء، حيث أنه إذا كانت الزيادة في ثمن الأرض تمثل قيمة الإثراء، فإن قيمة المنشآت مستحقة الإزالة لا تمثل قيمة الافتقار، لأن قيمة الافتقار التي لحقت من أقام المنشآت تتمثل في قيمة المواد وأجرة العمل. ويبدو لنا أن هذا الخروج له ما يبرره حيث أن المشرع بصدد أحكام الالتصاق أقام وزن لسوء نية الباني مما استتبع إعطاء صاحب الأرض طلب الإزالة ولذلك كان منطقياً إذا طلب صاحب الأرض استبقاء المنشآت أو إذا سقط حقه لعدم طلب الإزالة خلال المدة المقررة أن لا يدفع إلا قيمة هذه المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض حسبما يختار. بينما في القواعد العامة للإثراء بلا سبب لا عبرة لسوء أو حسن نية المثري أو المفتقر،

= بإقامة المنشآت وشخص من أقامها». وقد أحسن المشرع صنعاً باستحداث هذا الميعاد بعد أن كان الأمر مطلقاً إلا من الخضوع للقواعد العامة في ظل التقنين المدني السابق، وذلك حتى يتحدد سريعاً مصير المنشآت انظر حسن كيرة، فقرة ٢٣٩ ص ٤١١.

(١) نقض ١٧/ ٥/ ١٩٧٨ السابق الإشارة إليه.

فاقتصر الأمر في التعويض على أقل القيمتين الإثراء أو الافتقار.

وإذا لم يدفع صاحب الأرض أقل القيمتين السابق الإشارة إليهما كان لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يحلق بالأرض ضرراً (٩٢٤/ ٢ مدني) وإلا فليس له إلا أن ينفذ بحقه بوصفه دائناً عادياً طبقاً للقواعد العامة[١].

(ب) حالة حسن النية:

طبقاً لنص المادة ٩٢٥/ ١ مدني قد عامل المشرع الباني حسن النية معاملة تفضيلية من حيث إعطاءه دون صاحب الأرض الحق في طلب الإزالة، ومن حيث مقدار التعويض الذي يلتزم به صاحب الأرض إذا تملك المنشآت بالالتصاق.

- فمن حيث الحق في طلب الإزالة فقد أعطاه المشرع لمن أقام المنشآت دون صاحب الأرض. وبذلك يكون المشرع قد خرج عن الأصل، الذي بمقتضاه أن يكون لمالك الأرض الحق في إجبار الغير على إزالة ما أقامه على أرضه، وذلك رعاية لحسن نية الباني.

ويشترط لنزع المنشآت بناءً على طلب من أقامها، ألا يترتب على ذلك ضرر بالأرض[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦، ص ٣٣٠، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٤٦، ص ٥٨، إسماعيل غانم، جـ ٢، ص ٥٨ وانظر في نقد هذا الرأي وأيضاً نقد نص المادة ٩٢٤/ ٢ مدني بصفة عامة منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٠ ص ٢٩١، ٢٩٢، وانظر رأي مخالف عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٠٨ ص ٣١٧ وانتقاده منصور مصطفى منصور، ص ٢٩٣ ويذهب البعض إلى أن صياغة هذا النص معيبة وحكمه في أحسن الفروض تأويله غير مقنع أو مجد، بحيث كان واجباً الاستغناء عنه، حسن كيرة، فقرة ٢٣٩ ص ٤١٣.

(٢) وهذا الشرط محل اتفاق في الفقه بالرغم من عدم النص عليه صراحة في المادة ٩٢٥/ ١ على خلاف ما فعله المشرع في المادتين ٩٢٣، ٩٢٤. كما أن هذا الشرط ذكرته المذكرة الإيضاحية (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣١) انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٠٤ ص ٢٨٩ هامش ١.

ـ من حيث مقدار التعويض الذي يلتزم به صاحب الأرض، فإنه إذا لم يطلب الباني إزالة المنشآت فإن مالك الأرض يتملكها بالالتصاق مقابل أن يدفع لمقيمها إحدى القيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت. والخيار هنا لصاحب الأرض، وهو سيختار بداهة أقل القيمتين. والتعويض في هذه الحالة يتفق مع أحكام الإثراء بلا سبب.

ـ الاستثناءات على هذه القاعدة:

إذا كان الأصل أن صاحب الأرض يتملك المنشآت التي أقامها الغير في أرضه بمقتضى الالتصاق، بوصفها فرعاً يتبع الأصل (أي أرضه)، فإن المشرع قد خرج عن هذا الأصل في حالتين:

١ ـ هذا الاستثناء يمليه مراعاة جانب صاحب الأرض ومصلحته. وهذا الاستثناء يتمثل في أن المنشآت المقامة على أرضه قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، لذلك أعطى له المشرع الحق في طلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل (م ٩٢٥/ ٢ مدني)، لأن تطبيق القاعدة العامة في الالتصاق في هذه الحالة سيوقع صاحب الأرض في حرج، فهو لا يستطيع أن يطلب الإزالة، إذ الفرض أن الباني حسن النية، كما أنه مبلغ التعويض المستحق عن هذه المنشآت سيرهقه. ومعيار الإرهاق هنا يعتبر معياراً ذاتياً ويرجع تقديره إلى القاضي[١]. كما أن القاضي في تقديره للتعويض لا يلتزم القواعد العامة في تقدير التعويض وإنما يراعي فقط أن يكون التعويض عادلاً بحسب ظروف الحال[٢] هذه الرخصة خولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها[٣].

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢١ ص ٢٩٤، ٢٩٥. السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٠٤ ص ٢٨٩، عكس ذلك محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١.

(٢) منصور مصطفى منصور، نفس الموضع.

(٣) نقض ١٦/ ٦/ ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١٠٠٢.

٢ ـ هذا الاستثناء يمليه مراعاة جانب الباني ومصلحته. وهذا الاستثناء يتمثل في أن شخص، وهو يقيم بناءً على أرضه، يجور على جزء ملاصق من أرض جاره، لذلك أجاز المشرع للمحكمة، إن رأت محلاً لذلك، أن تجبر الجار على أن ينزل عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨) وبذلك يكون المشرع قد خرج عن أحكام الالتصاق والتي تقضي بتملك صاحب الأرض الجزء من البناء الذي يقع على أرضه وذلك مراعاة لمصلحة الباني، وخاصة وأنه حسن النية[١].

٢ ـ شروط تطبيق قواعد الالتصاق على المنشآت التي تقام في أرض الغير:

سبق أن عرضنا لهذا الفرض وبينا حكمه. لكن تطبيق هذه الأحكام مشروط بعدة شروط نجملها فيما يلي.

أولاً: يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق في هذه الحالة ألا يوجد اتفاق يخالف هذه الأحكام حيث أنها لا تتعلق بالنظام العام. وهذا ما أكدته المادة ٩٢٢/ ٢ مدني. فإذا أثبت الأجنبي أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة منشآت وتملكها فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق[٢].

لكن إذا كان هذا الاتفاق هو عقد بيع فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشتري بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض **وإنما بتسجيل عقد البيع**[٣] لأن عقد البيع غير المسجل وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازة المبيع والانتفاع به **إلا أن هذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشترى مما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة لأن حق**

---

(١) نقض ٣١/ ١٢/ ١٩٧٤، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥ ص ١٥٦٢.

(٢) نقض ١٧/ ٦/ ١٩٧٥، مجموعة أحكام النقض، س٢٦ ص٢١٦، ٢٣/ ١٢/ ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض، س ٢٦ ص ١٦٥٩، ٢٨/ ١/ ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧، ٧/ ٥/ ١٩٨٦، الطعن رقم ١٩٦٢ لسنة ٥٢ ق.

(٣) نقض ٢٥/ ١٠/ ١٩٩٤ المحاماة، يناير، أبريل ١٩٩٥ ص ١٥١.

القرار حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشتري الباني فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق مقابل أن يدفع للمشتري أقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدني. ومن ثم فإن كل ما للمشتري الباني الذي لم يسجل عقده إذا لم يختر نزع المنشآت، هو أن يطالب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقاً لتلك المادة وأن يتخذ في سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم»[1].

(١) نقض ١٩/٦/١٩٦٩، الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق، س ٢٠ ص ١٠٠٢، ٢٤/١/١٩٧٩، الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق، س ١٤٣٠ ص ٣٥٧، ٢٥/١/١٩٨١، الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٤٧ ق، س ٣٢ ص ٦٣١، ١٦/٤/١٩٨٦، الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ ق. وقد كانت محكمة النقض تجري على خلاف ذلك حيث قررت في حكم شهير لها في ١٢/١/١٩٥٠ «أن عقد البيع غير المسجل يولد في ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، وبالوفاء به يصبح المبيع في حيازة المشتري، له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشتري بناءً على الأرض المبيعة له، يصبح هذا البناء عقاراً ملكاً له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار. ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للبناء، ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل و... **ولا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق... فمناط تطبيق قواعد الالتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير بإحداث البناء. فحينما وجد اتفاق أو إذن امتنع التحدي بقواعد الالتصاق** (مجموعة أحكام النقض س ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) وهذا الحكم مشار إليه في إسماعيل غانم جـ ٢، ص ٦٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٣٠١ هامش ١، حسن كيرة، فقرة ٢٤١ ص ٤١٨ هامش ١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٧، ص ٣٣٢، ويبدو أن هؤلاء الفقهاء يؤيدون هذا القضاء....

ولكن قد انتقد هذا الحكم محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٥٧ ص ١٠٤، ١٠٥. ويبدو لنا أن سبب هذا التحول اعتبارات عملية حيث أنه يندر أن تسجل عقود البيع (حيث أن التسجيل لا يشمل سوى ١٧٪ من الملكيات القائمة) فإذا ما سمحت علاوة على ذلك بتملك المشتري لما يقيمه من منشآت قبل التسجيل لشجعت على تفشي ظاهرة عدم =

لكن **بمجرد حصول التسجيل** لعقد البيع أو للحكم القاضي بصحته ونفاذه يصبح المشتري مالكاً للأرض وتؤول إليه تبعاً لذلك ملكية البناء بحكم الالتصاق[1]. وهذا يفترض بطبيعة الحال عدم تسوية الوضع بالنسبة للبائع طبقاً لنص المادة ٩٢٥ مدني.

وفي نفس هذا الإطار لا يجوز لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر له أن يطلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المباني التي يحدثها الغير في الأرض التي اشتراها بعقد غير مسجل، حيث أن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لا يملكها الباني استناداً إلى قواعد الالتصاق لا يصح إبداؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكه وهو صاحب الأرض أي مالكها، وهذا ما أفصحت عنه المواد ٩٢٢، ٩٢٤، ٩٢٥ مدني. ولما كان حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه وبالتالي لا يكون له هذا الحق[2]، ومقتضى ذلك أن تكون ملكية المنشآت للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشتر ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق[3].

وإذا كان المشتري بعقد غير مسجل لا يتملك ما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة، طبقاً لما هو مستقر عليه قضاء محكمة النقض[4]، فإنه لا يحق له المطالبة بالشفعة في العقار المجاور المبيع[5].

= تسجيل الملكية وبالتالي إهدار نصوص قانون الشهر العقاري.

(١) نقض ٢٨/ ١/ ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧.

(٢) نقض ٢٨/ ١/ ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ ص ٣٦٧.

(٣) نقض ٢٤/ ١/ ١٩٧٩ السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١٩/ ٦/ ١٩٦٩، ٢٤/ ١/ ١٩٧٩، ٢٥/ ١/ ١٩٨١، ١٦/ ٤/ ١٩٨٦ السابق الإشارة إليهم.

(٥) وذلك على خلاف ما كان مستقر عليه في قضاء محكمة النقض السابق، انظر نقض ١٢/ ١/ ١٩٥٠ السابق الإشارة إليه. انظر في اشتراط أن يكون المشتري مالكاً بالفعل وقت البيع المشفوع فيه لكي يكون شفيعاً يفضل غيره من الشفعاء الذين في طبقته نقض=

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإذن لأجنبي الذي يخول له الحق في إقامة منشآت على أرض الغير وتملكها يجب أن يصدر من مالك الأرض. وعلى ذلك إذا لم يصدر هذا الإذن من مالك الأرض وإنما صدر من مستأجر حيازته للأرض حيازة عارضة فإنه لا يكون له أي أثر في التملك[1].

كما أنه إذا لم يتضمن الاتفاق سوى الترخيص بإقامة المنشآت دون أن يعرض لمصير هذه المنشآت، فإنه لا يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في المادة ٩٢٥/١ مدني (م ٩٢٦ مدني). وواضح في هذه الحالة أن مجرد الترخيص بإقامة المنشآت فقط دون أن يتفق في هذا الترخيص على مصير المنشآت فإن صاحب الأرض يتملكها بالالتصاق ولا يكون لمن أقامها ـ ما لم يطلب نزعها ـ سوى أن يرجع على المالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما في المادة ٩٢٥ مدني[2].

لكن قد لا يتضمن الاتفاق سوى تأجيل إعمال أحكام الالتصاق. مثل ذلك أن يصرح المؤجر للمستأجر بأن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة على أن يلتزم بأداء عوايد المباني التي تربط على هذا البناء المستجد ويسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة ولا تؤول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار ذلك أن حق المؤجر بالنسبة لتلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر في هذا الوقت. ويحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية بينما يمتنع على المؤجر في هذا الفرض إزالة هذه المنشآت. ولا **يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق تقضي باعتبار المؤجر مالكاً للبناء من وقت إنشائه إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر في إقامة البناء على نفقة المستأجر**

= ١٧/٤/١٩٨٦، مجموعة أحكام النقض، رقم ٩٦ ص ٤٤٤.

(١) نقض ٢٨/١/١٩٨١ السابق الإشارة إليه.

(٢) نقض ١٨/٢/١٩٨٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٢٦١.

مع التزام الأخير بدفع الضريبة العقارية عن هذا البناء ـ وهو مما يلتزم به أصلاً المالك ـ ودون اتفاق على مصير هذا البناء ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل إعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهي عقد الإيجار وهي أحكام لا تتعلق بالنظام العام ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها[1].

على العكس من ذلك إذا صرح في عقد إيجار الأرض الفضاء بأن **للمستأجر إقامة مبان عليها تؤول ملكيتها للمؤجر**، فإن ذلك لا يعدو أن يكون ترديداً للقواعد العامة في الالتصاق والتزاماً بحكمها؛ فإن مؤدى ذلك أن المؤجر يكتسب ما أحدثه المستأجر من مبان منذ إنشائها والتصاقها بالأرض المؤجرة، ويكون الاتفاق على تعليق أيلولة المباني على إنهاء العقد مجرد إرجاءً لتسليمها دون تعليق اكتساب المؤجر لملكيتها التي تحققت منذ الإنشاء والالتصاق[2]. ويترتب على ذلك أن المستأجر لم يكن مالكاً لها في أي وقت، وبالتالي ليس له عليها سوى مجرد حق شخصي يخوله الانتفاع بها كانتفاعه بالأرض المؤجرة ذاتها، ويكون استغلاله لتلك المباني بتأجيرها مع الأرض كوحدة واحدة لا يعدو أن يكون إيجاراً من الباطن ينقضي بانقضاء عقد الإيجار الأصلي[3].

ثانياً: يشترط أن يكون من أقام المنشآت غير مالك الأرض، وأن يكون قد أقامها لحسابه الخاص لا لحساب صاحب الأرض.

١ ـ تطبيقاً لذلك فإن أحكام الالتصاق لا تطبق على ما يقيمه الشريك في الشيوع في الأرض الشائعة من بناء أو غراس وذلك لأن هذا الشريك يعتبر مالكاً للأرض التي يملكها مع غيره، فحق الشريك المشتاع يرد على الشيء الشائع

---

(١) نقض ٢٦/٥/١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، س ١٧ ص ١٢٥١ ويصدق ذلك أيضاً إذا أذن مالك الرقبة للمنتفع بالبناء في العين دون أن يتفقا على مصير هذه المنشآت انظر إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٦٠، وانظر في تفصيل أكثر السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٠٦ ص ٢٩٤ وما بعدها.

(٢) نقض ٢٧/٥/١٩٨٢، مجموعة أحكام النقض، س ٣٣ ص ٥٩٣.

(٣) نقض ٢٧/٥/١٩٨٢ السابق الإشارة إليه.

كله[1]، وإنما يجب أن تطبق في هذه الحالة الأحكام التي وضعها المشرع لإدارة الأموال الشائعة.

في هذه الحالة يعتبر إقامة المنشآت على الأرض الشائعة من قبيل الإدارة غير المعتادة والتي يلزم للقيام بها موافقة أغلبية من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع. فإذا انفرد أحد الشركاء بالقيام بهذه المنشآت فإنه يكون قد تجاوز سلطاته ويتوقف الأمر على موقف باقي الشركاء من هذه المنشآت. فإذا وافقت الأغلبية المطلوبة على بقائها التزم جميع الشركاء كل بقدر حصته بأن يدفعوا ما أنفقه الشريك الباني من نفقات. أما إذا لم توافق الأغلبية المطلوبة، وجب على الشريك الباني أن يزيل ما أقامه، لا على أساس أنه بنى أو غرس في ملك غيره بسوء نية وإنما على أساس أنه قد تجاوز ماله من سلطات باعتباره شريكاً في الشيوع.

إذا تمت القسمة قبل أن يتخذ الشركاء موقفاً من هذه المنشآت ووقع الجزء من الأرض بالمنشآت في نصيب شريك آخر، فإن لهذا الأخير أن يطلب إزالة المنشآت، كما له أن يختار استبقاءها، في هذه الحالة يجب عليه أن يدفع للباني أقل القيمتين وفقاً للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، أي قيمة ما أنفقه الباني أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض[2]. وبذلك يكون قد تم استبعاد تطبيق نص المادة ٩٢٤ مدني الخاصة بالبناء في أرض الغير بسوء نية. كما أنه لا يجوز الاستناد إلى المادة ٨٤٣ مدني للقول إن الشريك الباني يعتبر قد بنى في ملك الغير، حيث أنه يجب الحد من فكرة الأثر الرجعي للقسمة المنصوص عليها في هذا النص، وتطبيقها فقط في حدود الفرض المقصود من تقريرها[3].

---

(١) انظر سابقاً ص ١٢٩.

(٢) انظر إسماعيل غانم، ص ٦٢، ٦٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٦، حسن كيرة، فقرة ٢٢٧ ص ٤٠٧، ٤٠٨، السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١١٥ ص ٣١٤.

(٣) إسماعيل غانم، ص ٦٣، حسن كيرة، فقرة ٢٢٧ ص ٤٠٨، وتذهب محكمة النقض في قضائها على خلاف ذلك حيث أنها قضت بأنه «ولئن كان من المقرر في قضاء هذه =

على العكس من ذلك إذا بنى المالك في أرضه ثم زالت ملكيته لهذه الأرض بأثر رجعي بعد ذلك نتيجة إبطال سند ملكيته أو فسخه، فإنه يعتبر كأنه لم يكن مالكاً من قبل، وبالتالي يعتبر بانياً في ملك غيره وتسري عليه أحكام الالتصاق باعتباره بانياً في أرض الغير بحسن نية ما لم يكن الفسخ راجعاً إلى تقصيره[١].

وعلى ضوء ما استقرت عليه محكمة النقض بالنسبة لبناء المشتري في الأرض المبيعة قبل التسجيل فإن بناء البائع في هذه الأرض لا يعتبر بناءً في ملك الغير، لأن البائع يبني فيما يملك حيث أن الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل[٢] ومن وقت حصوله[٣] على النحو السابق بيانه. وبناءً على ذلك فإن أحكام الالتصاق لا تنطبق في هذه الحالة وإنما يجب تطبيق القواعد العامة التي بمقتضاه يكون البائع ببنائه في الأرض المبيعة قد أخل بالتزامه بتسليم الأرض بحالتها وقت التعاقد، وبالتالي يكون للمشتري أن يطالب بالإزالة كجزاء لإخلال البائع بالتزامه. فإذا لم يطلب المشتري الإزالة فله أن يطلب التعويض إن كان له محل، ويكون للبائع أن يرجع على المشتري

= المحكمة، أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع، فإنه لا يعد بانياً في ملك غيره، كل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لها على الشيوع، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة، إلا أن مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه فإذا جاوزه، اعتبر بانياً في ملك غيره بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته» نقض ١٩٨١/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٩٢٧، وبذلك طبقت محكمة النقض المادة ٩٢٤ مدني أي أحكام الالتصاق، في هذه الحالة.

(١) انظر إسماعيل غانم، ص ٦٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٧، السنهوري، الوسيط، جـ٩، فقرة ١٠٧ ص ٢٩٦، ٢٩٧ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٩ ص ٣٣٦.

(٢) نقض ١٩٦٩/٦/١٩، ١٩٧٩/١/٢٤، ١٩٨١/١/٢٥، ١٩٨٦/٤/١٦ السابق الإشارة إليهم.

(٣) نقض ١٩٨١/١/٢٨ السابق الإشارة إليه.

بخصوص هذه المباني طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب[1].

٢ ـ مقتضى هذا الشرط أن أحكام الالتصاق لا تطبق على المنشآت التي يقيمها الفضولي على أرض رب العمل لأن الفضولي يعمل لحساب رب العمل وإنما تطبق في هذه الحالة أحكام الفضالة[2]. كما أن أحكام الالتصاق لا تنطبق على ما يقيمه الوكيل في أرض الموكل ولو جاوز في ذلك حدود سلطته لأنه يعمل لحساب الموكل، وإنما تطبق أحكام الوكالة أو الفضالة والقواعد العامة في الإثراء بلا سبب[3].

ثالثاً: يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق أن نكون بصدد ما يصدق عليه وصف المنشآت، وأن تكون هذه المنشآت قد قصد بقاؤها على الدوام. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ يشترط أن نكون بصدد ما يصدق عليه وصف المنشآت، ويقصد

(١) كان القضاء يجري على تطبيق أحكام الباني في ملك الغير بسوء نية على البائع. انظر نقض ٨/١٢/١٩٣٢، مجموعة عمر جـ ١ ص ١٥٢ رقم ٨١ مع تعليق حلمي بهجت بدوي عليه في مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٧٥١ وكان يرى أنه لا محل لإعمال قواعد الالتصاق إذا ما انتقلت الملكية إلى المشتري. وانظر أيضاً نقض ٢٩/٣/١٩٤٥، مجموعة عمر جـ ٤ ص ٦٠١ رقم ٢٢٨ وانظر في انتقاد هذا القضاء حسن كيرة، فقرة ٢٣٧ ص ٤٠٩، ٤١٠، وانظر في تأييد هذا القضاء عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٩ ص ٣٣٧.

(٢) انظر إسماعيل غانم، ص ٦٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٨، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٦ ص ٣١٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٩ ص ٣٣٧، ٣٣٨، ويلاحظ هنا أنه لا يكون لرب العمل أن يطلب الإزالة، وإنما يلتزم بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدني).

(٣) انظر عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٩ ص ٣٣٨، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٨ هامش ٢، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٧ ص ٣١٦.

بذلك كل إنشاء جديد له كيان متميز بحيث يمكن نزعه على استقلال[١]. ويستوي أن تكون هذه المنشآت منشآت جديدة أقيمت على أرض فضاء، أو إضافات إلى منشآت قائمة من قبل، بشرط أن تكون هذه الإضافات لها كيانها المتميز كبناء طابق فوق الطوابق الموجودة[٢].

وعلى ذلك فإن أحكام الالتصاق لا تسري على أعمال الحفظ أو الترميمات أو الإصلاحات أو التحسينات وإنما تخضع هذه الأعمال للقواعد الخاصة بالمصروفات التي ينفقها الحائز[٣].

٢ ـ يشترط أن تكون المنشآت قد قصد بقاؤها على الدوام، وعلى ذلك فإن الأكشاك والحوانيت والمآوي التي تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاؤها على الدوام، لا تملك بالالتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها (م ٩٢٩ مدني) دون تفرقة بين ما إذا كان حسن النية أو سيء النية[٤]. فيكون لصاحبها نزعها من الأرض حتى لو كان سيء النية بشرط يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعوض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر[٥]. كما يستطيع صاحب الأرض أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها حسن النية مع التعويض إن كان له محل.

رابعاً: يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق ألا يوجد نصوص خاصة بشأن المنشآت التي يقيمها شخص على أرض غيره. وهذا ما حدا بالبعض بوصف أحكام الالتصاق بأنها «احتياطية»[٦] ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٥٩٢ مدني

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢ ص ٢٩٨، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٠ ص ٣٣٩.
(٢) منصور مصطفى منصور، نفس الموضع السابق.
(٣) انظر م ٩٨١ مدني وما بعدها.
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٢، ٢٩٩، إسماعيل غانم، ص ٦٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٠ ص ٣٤١، السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١١٨ ص ٣٢٠.
(٥) السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٨ ص ٣٢٠.
(٦) حسن كيرة، فقرة ٢٤١ ص ٤١٩.

بقولها: «١ ـ إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناءً أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك» «٢ ـ فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض» «٣ ـ فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنتظره إلى أجل للوفاء بها».

وهذا النص لم يتقيد بأحكام الالتصاق وفرق بين حالة إقامة المستأجر للمنشآت بعلم المؤجر ودون معارضة، وحالة ما إذا كانت قد أقيمت بدون علمه ورغم معارضته. وأعطى المؤجر الحق في طلب الإزالة في الحالة الثانية دون الحالة الأولى. وجعل التعويض الذي يدفعه المؤجر عند استبقاء المنشآت هو أقل القيمتين ما أنفقه المستأجر في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار طبقاً للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ودون تفرقة بين الحالتين[1] ومن هذا القبيل أيضاً حالة بناء أو غراس المحتكر على الأرض المحكرة (م ١٠٠٢، م ١٠١٠/ ١ مدني).

(١) انظر في الفروق بين هذه الحالة وأحكام الالتصاق السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١١٢ ص ٣٠٩، ٣١٠. وانظر نقض ١٢/ ٣/ ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ص ٧٩٤ حيث قضت محكمة النقض بأن «... البناء الذي يقيمه المستأجر من ماله الخاص دون إذن من المؤجر يكون ملكاً لصاحب العين معلقاً على شرط واقف هو إعلان رغبته في تملك البناء، ويعد مملوكاً للمستأجر تحت شرط فاسخ هو ظهور رغبة المؤجر في تملكه...» نحن نرى أن التجاء المحكمة إلى فكرة الشرط هنا يعتبر من قبيل التزيد الذي لا لزوم له. كما أن هذا الالتجاء غير موفق على الإطلاق من الناحية القانونية حيث أن الشرط أمر خارجي عارض تضيفه الإرادة إلى الالتزام بعد أن يستوفي أركانه وعناصر تكوينه. وفي هذه الحالة لا يوجد شيء من ذلك وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد خيار منحه القانون للمؤجر. انظر مؤلفنا في أحكام الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٩٥ ص ٢١٣ بالنسبة لفكرة الشرط وص ١٢٩ بالنسبة لفكرة الخيار.

٣ - كيفية أداء التعويض:

تبين لنا فيما سبق أن صاحب الأرض يجب عليه طبقاً للأحكام العامة للالتصاق أن يدفع تعويضاً لصاحب المنشآت التي أقامها في أرضه مقابل تملكه لهذه المنشآت. وهذا التعويض يختلف في حالة ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية (٩٢٥/ ١ مدني) أو سيء النية (٩٢٤ مدني). كما أنه في حالة ما إذا كانت المنشآت التي أقامها الغير في أرضه جسيمة بحيث ترهق صاحب الأرض في أن يؤدي ما هو مستحق عنها فإن لهذا الأخير أن يختار تمليك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل عن الأرض (م ٩٢٥/ ٢ مدني).

وبعد أن يقوم القاضي بتحديد أو تقدير التعويض بحسب الأحوال فإن هذا التعويض قد يكون مبلغاً جسيماً يثقل كاهل المدين به فيما إذا دفعه على الفور وجملة واحدة ولذلك قرر المشرع أن يخفف عن كاهل المدين فنصت المادة ٩٢٧ مدني على أن «تسري أحكام المادة ٩٨٢ في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة»[1] وبمقتضى المادة ٩٨٢ مدني[2] يجوز للقاضي - بناءً على طلب المدين - أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض. كما أن له أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية في مواعيد يحددها القاضي أو أن يؤجل دفع التعويض إلى ميعاد معين يحدده القاضي. كل ذلك بشرط تقديم الضمانات اللازمة. فإن لم يستطع المدين تقديم هذه الضمانات فله أن يتحلل

---

(١) معنى ذلك أن الحالة التي يجور فيها مالك الأرض بحسن نية على جزء من الأرض المجاورة والتي نصت عليها المادة ٩٢٨ مدني لا يسري عليها نص المادة ٩٨٢ مدني في خصوص أداء النصوص المستحق طبقاً للمادة ٩٢٨ مدني. ولا نرى مبرراً لاستبعاد هذه الحالة المستثناة من أحكام الالتصاق في الوقت الذي طبقت ٩٨٢ على الاستثناء الآخر في المادة٩٢٥/ ٢ مدني. انظر أيضاً منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٣ ص ٣٠١ هامش ٢.

(٢) وهذا يعني أن المشرع قد عامل المدين بالتعويض في هذه الحالات معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفقه من مصروفات ضرورية ونافعة بالتيسير عليه في الوفاء بالتعويض المستحق.

من ذلك بالوفاء بقيمة هذه الأقساط فوراً بعد خصم فوائدها بالسعر القانوني عن المدة من يوم الوفاء بها إلى يوم استحقاقها طبعاً للمواعيد التي حددها القاضي.

ثالثاً: المنشآت التي يقيمها شخص على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث:

تنص المادة ٩٣٠ مدني على أنه «إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكه لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها. وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت».

هذا الفرض يثير البحث عن حكم علاقات ثلاث:

- علاقة صاحب الأرض بمن أقام المنشآت عليها.
- علاقة من أقام المنشآت بصاحب المواد.
- علاقة صاحب المواد بمالك الأرض.

- بالنسبة للعلاقة فيما بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت نطبق عليها أحكام الالتصاق الخاصة بالبناء أو الغراس في أرض الغير والتي تختلف بحسب ما إذا كان من أقام المنشآت سيء النية أو حسن النية على النحو السابق بيانه.

- أما بخصوص العلاقة بين صاحب المواد ومالك الأرض، وعلاقته بمن أقام المنشآت نجد أن المشرع وضع المبدأ الحاكم في هذه الحالة، فقرر أنه ليس لصاحب المواد أن يطلب إزالة المنشآت لاسترداد مواده وإنما جعل حقه يقتصر فقط على طلب تعويض ممن أقام المنشآت، فهو إذن ليس دائناً لصاحب الأرض. وبناءً على ذلك فإنه لا توجد علاقة مباشرة بين صاحب المواد ومالك الأرض. وبالتالي يكون له طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على صاحب الأرض بطريق الدعوى غير المباشرة مستعملاً حق مدينة مقيم المنشآت في المطالبة بما يكون مستحقاً لهذا الأخير قبل صاحب الأرض. لكن المشرع لم يكتف بهذا وإنما قرر أن لصاحب المواد أن يرجع مباشرة على صاحب الأرض بمقتضى دعوى مباشرة ليطالبه فيها بما لا يزيد عما بقي في ذمته من التعويض المستحق

لصاحب المنشآت، وذلك حتى يجنب صاحب المواد ما قد يتعرض له من مزاحمة دائني مقيم المنشآت له في حالة رجوعه بالدعوى غير المباشرة. ولذلك يكون من مصلحة مالك المواد المسارعة بإنذار صاحب الأرض بعدم الوفاء بالمستحق في ذمته لمقيم المنشآت[1] إذ سيتعلق به حقه.

وإذا أزيلت المنشآت بناءً على طلب صاحب الأرض في حالة سوء نية من أقامها، أو بناءً على طلب من أقامها في حالة حسن نيته، فإن لصاحب المواد أن يستردها بوصفه مالكاً لها إذ أن الالتصاق لم يتحقق في هذه الحالة[2].

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢١٣ ملكية عقارية بأن «الأبنية والأغراس والمنشآت القائمة على أرض ما يفترض فيها أن صاحب الأرض قد أقامها على نفقته، وأنها تخصه، هذا إذا لم تقم البينة على عكس ذلك».

وهذه المادة تضمن قرينة على الغالب المألوف من أن ما يقام على الأرض من أبنية وأغراس ومنشآت يكون من عمل صاحب الأرض وأقامها على نفقته، ولذلك تكون مملوكه له. وهذه القرينة يمكن نقضها بإقامة الدليل العكسي. وقد يسفر ذلك عن أن:

١ ـ المنشآت التي أقامها صاحب الأرض كانت بمواد مملوكه لغيره.

٢ ـ المنشآت قد أقامها شخص بمواد من عنده على أرض مملوكه لغيره.

٣ ـ المنشآت قد أقامها شخص على أرض غير بمواد مملوكه لشخص ثالث.

في الفرض الأول: المنشآت التي يقيمها مالك الأرض بمواد مملوكة لغيره:

تنص المادة ٢١٤ ملكية عقارية على «أن صاحب الأرض، إذا بنى عليها بمواد بناء لغيرها أو يذرها بحبوب كانت لغيره لا يلزم برد هذه المواد أو هذه

---

(١) حسن كيرة، فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٣، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٢٢ ص ٣٢٤.

(٢) إسماعيل غانم، ص ٦٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ٢٢٤ ص ٣٠٣، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٢١ ص ٣٢٣.

الحبوب، ولكن يجب عليه أن يدفع ثمنها لأصحابها».

ويتضح من هذا النص أن صاحب الأرض يتملك المواد التي استعملها في إقامة المنشآت أو الغرس بالإلحاق (الالتصاق)، سواء كان من الممكن نزعها أو لم يكن كذلك، وذلك على خلاف القانون المصري.

وبناءً على ذلك فإنه لا يحق لمالك هذه المواد أن يطلب استردادها، حتى ولو كان من الممكن نزعها ودون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم.

وتملك صاحب الأرض لهذه المواد بالإلحاق (الالتصاق) على هذا النحو يكون في مقابل دفع قيمة هذه المواد لمالكها. علاوة على ذلك فإنه يلتزم بدفع تعويض لصاحب المواد عما أصابه من ضرر يزيد على قيمتها في حالة إذا كان قد ارتكب خطأ أو كان سيء النية وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ويترتب على تملك مالك الأرض لهذه المواد طبقاً لأحكام الإلحاق (الالتصاق) بأنه يتملكها بصفة نهائية، وبالتالي لا يحق لمالك الأدوات أن يطلب استردادها في حالة تهدم البناء حتى ولو لم يكن قد قبض التعويض المستحق له بعد[1] حيث أن الإلحاق (الالتصاق) يعتبر سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية.

في الفرض الثاني: المنشآت التي يقيمها شخص بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره:

القاعدة: في هذا الصدد إن صاحب الأرض يتملك هذه المنشآت طبقاً لأحكام الإلحاق (الالتصاق)، وذلك إذا لم تتم إزالة المنشآت في الحالات التي يجوز فيها ذلك، أو إذا لم يتم تمليك الأرض لمن أقام المنشآت على سبيل الاستثناء، على النحو الذي سوف نعرض له. فإذا تملك صاحب الأرض هذه المنشآت، وجب عليه تعويض يدفعه لمن أقامها. هذا التعويض يختلف في حالة ما إذا كان الباني سيء النية أو حسن النية.

---

(١) انظر عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٠٦ ص ٣١٤، ٣١٥.

الحالة الأولى: إذا كان الباني أو الغارس سيء النية.

تنص المادة ٢١٧ ملكية عقارية على أنه «١ ـ إذا كان الشخص الذي بنى الأبنية أو غرس الأغراس سيء النية فيجب أن يعيد لصاحب الأرض قيمة الغلة التي تناولها. وإذا كان غير مسؤول عن الخسارة الحاصلة من هبوط الأسعار فهو مسؤول عن العطل أو التخريبات حتى ولو كانت لم تحصل بسببه. وإذا كان قد بنى أو غرس فيمكن إلزامه بإزالة الأبنية والأغراس إلا إذا فضل صاحب الأرض إبقاءها مقابل دفعه لصاحبها الخاسر ثمن مواد البناء والأغراس غير الصافي، بعد حسم نفقات نزعها فيما إذا أجبر على نزعها». «٢ ـ وعند انقضاء أجل الانتفاع، تطبق هذه الأحكام على المنتفع الذي يكون قد شيد أبنية أو غرس أغراساً في الأرض».

يتضح من ذلك أن هذا النص يؤكد ما تقضي به القواعد العامة من أن الحائز سيء النية يكون مسؤولاً عن الثمار التي يقبضها أو التي قصر في قبضها (قارن المادة ٩٧٩ مدني مصري) فيما وراء ذلك فإن النص يجيز لصاحب الأرض في هذه الحالة أن يختار بين أمرين:

١ ـ أن يطلب إزالة المنشآت أو قلع الأغراس على نفقة من أقامها أو غرسها وإعادة الأرض إلى حالتها الأولى. كما له أن يطلب تعويض ما أصابه من ضرر طبقاً للقواعد العامة.

٢ ـ أن يطلب استبقاء المنشآت أو الأغراس. وفي هذه الحالة يتملك هذه المنشآت وتلك الأغراس بالإلحاق. (الالتصاق) في مقابل أن يدفع لمن أقامها قيمتها مستحقة الإزالة أو القلع، أي قيمتها أنقاضاً أو مقلوعة. وتخصم من هذه القيمة نفقات الإزالة أو القلع، حيث أن ذلك كان سيتم على نفقته لو طلبه صاحب الأرض. وبذلك يكون المشرع قد خرج عن القواعد العامة في الإثراء بلا سبب والتي تلزم المثري بأقل القيمتين الافتقار أو الإثراء، حيث أن قيمة الافتقار تتمثل في قيمة المواد وأجرة العمل لا قيمة المنشآت مستحقة الإزالة. . . .

الحالة الثانية: إذا كان الباني أو الغارس حسن النية:

تنص المادة ٢١٦ ملكية عقارية على أنه «إذا كان الشخص الذي بنى الأبنية أو غرس الأغراس حسن النية، فلا يطالب بالغلة التي تناولها بل يطالب بالأضرار أو التخريبات الحاصلة بسببه، وإذا كان قد بنى أو غرس في الأرض المطلوب استرجاعها فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الأغراس التي غرسها، بل يدفع له تعويض عن التحسين الذي حصل للأرض من هذه الأبنية والأغراس. وإذا كانت الأبنية أو الأغراس تفوق قيمتها قيمة الأرض فلصاحب الأبنية أو الأغراس الحق بإحراز ملكية الأرض المبني عليها أو المغروسة، بعد أن يدفع لصاحبها ثمن رقبة الأرض».

يتضح من هذا النص أنه يؤكد حكم القواعد العامة في خصوص أن الباني أو الغارس حسن النية غير مطالب برد ما قبضه من الثمار (قارن م ٩٧٨/ ١ مدني مصري) وفيما وراء ذلك نجد أن النص تضمن القاعدة العامة في تملك صاحب الأرض للمنشآت أو للغراس التي أقامها الغير في أرضه بالإلحاق، ثم الاستثناء على هذه القاعدة.

القاعدة العامة: أنه لا يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت أو قلع الأغراس، وإنما له أن يكسب ملكية هذه المنشآت أو الأغراس بالإلحاق مقابل دفع تعويض لصاحبها. فيستحق صاحب المنشآت أو الأغراس تعويضاً عن التحسين الذي طرأ على الأرض نتيجة البناء أو الغرس. هذا التعويض يقابل ما زاد في ثمن الأرض بسبب ما أقيم عليها من بناء أو غرس. وبذلك يكون المشرع قد اقترب من القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب خاصة من حيث مقدار الإثراء، الذي عول عليه النص في تقدير التعويض المستحق في هذه الحالة. وتقدر قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب ما أقيم عليها من بناء وغراس وقت الاسترداد لا وقت إقامة المنشآت لأن ذلك هو الوقت الذي يتحقق فيه الإثراء بالنسبة لصاحب الأرض نتيجة تملكه للمنشآت أو الأغراس بالإلحاق. وحيث أن القانون اللبناني يشترط في دعوى الإثراء بلا سبب قيام الإثراء وقت رفع الدعوى

لذلك فإنه إذا هلكت المنشآت أو الأغراس بسبب لا يد لصاحب الأرض فيه في الفترة ما بين إقامتها أو غرسها واسترداد العقار، فإنه لا يلتزم نحو من أقامها أو غرسها بشيء.

الاستثناء: إذا كانت قيمة المنشآت أو الأغراس تفوق قيمة الأرض، فإنه يحق للباني أو الغارس أن يتملك الأرض مقابل تعويض صاحبها. وهذا التعويض مقابل ثمن الأرض فحسب بصرف النظر عما أقيم عليها من بناء أو غراس، أي بثمن رقبة الأرض.

ويقدر التعويض بثمن الأرض وقت الاتفاق بين صاحب الأرض والباني أو الغارس على تملكها، أو وقت صدور حكم بهذا التملك عند عدم وجود ذلك الاتفاق. ويكون الحكم في هذه الحالة منشئاً لملكية الباني أو الغارس حيث أن هذا التملك لا يكون إلا بناءً على طلب من جانب أحد الطرفين المعنيين، فإن لم يوجد مثل هذا الطلب فإن صاحب الأرض يتملك ما عليها من بناء أو غراس طبقاً لأحكام الإلحاق.

ويختلف حكم القانون اللبناني عن حكم القانون المصري في هذا الصدد من عدة نواح: القانون اللبناني تبنى في تقرير هذا الاستثناء معياراً موضوعياً وهو قيمة المنشآت أو الغراس بالنسبة لقيمة الأرض، بينما القانون المصري تبنى معياراً ذاتياً أو شخصياً وهو أن دفع التعويض المستحق عن الالتصاق يرهق صاحب الأرض وذلك لأن المنشآت كانت قد بلغت حداً من الجسامة، ولذلك فإن تقدير هذا الأمر متروك للقاضي. وقد ترتب على ذلك أن القانون المصري جعل تمليك الأرض لمن أقام المنشآت بناءً على طلب صاحب الأرض بينما القانون اللبناني جعل تملك الأرض حقاً لمن أقام المنشآت أو الغراس. أخيراً المشرع اللبناني قد حدد التعويض بثمن رقبة الأرض على العكس من ذلك المشرع المصري قد جعل تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل يقدره القاضي دون التقيد بالقواعد العامة كما سبق أن بينا.

كما أن النص اللبناني ينطبق أيضاً في حالة ما يجور الباني بحسن نية على

جزء صغير من أرض الجار، حيث يغلب أن يكون ما على هذا الجزء من بناء أعلى بكثير من قيمته، ومن ثم يكون للباني الحق في تملكه[1] وهذا يقابل الاستثناء الثاني على أحكام الالتصاق التي نص عليه القانون المصري في المادة ٩٢٨ مدني.

تملك صاحب الأرض البذار الذي يكون قد بذره شخص آخر بالإلحاق:

تنص المادة ٢١٢ ملكية عقارية على أنه «يصبح أيضاً صاحب أرض ما مالكاً بالإلحاق للبذار الذي يكون قد بذره شخص آخر، شرط أن يدفع له ثمنه، بيد أنه يمكنه إذا شاء، أن يترك الغلة لهذا الشخص الآخر مقابل بدل إيجار سنة. وإذا كان زمن البذار لم يكن بعد قد فات، فلصاحب الأرض أن يلزم الشخص الآخر الذي ألقى البذار بأن ينزعه، دون أن يعوض عليه نفقات الحراثة والبذار».

هذا النص يراعي جانب صاحب الأرض لذلك فقد أعطاه الخيار في كل الفروض المحتملة:

- لصاحب الأرض أن يتملك البذار بطريق الإلحاق مقابل أن يدفع قيمة البذار ونفقات الحراثة للزارع وذلك حتى لا يثرى على حساب هذا الأخير دون سبب[2].

- لصاحب الأرض أن يترك الزرع للزارع مقابل أن يدفع له هذا الأخير أجرة الأرض عن مدة سنة واحدة.

- إذا كان زمن البذار لم يفت بعد، لصاحب الأرض أن يلزم الزارع بنزع البذار دون أن يعوضه عن ثمن البذار ونفقات الحراثة.

ففي كل هذه الفروض الأمر متروك لخيار صاحب الأرض، فأتاح له أن يحصل على ثمار الأرض في الفرضين الأولين، ومكنه في الفرض الأخير أن

(١) انظر عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٤ ص ٣٢٩.
(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٥ ص ٣٢٩.

يزرع أرضه بنوع البذار الذي يريده دون أن يتكبد أي تعويض للزارع[1].

شروط تطبيق المادتين ٢١٦ (الخاصة بحسن نية الباني) و ٢١٧ (الخاصة بسوء نية الباني) ملكية عقارية:

يشترط لتطبيق أحكام الإلحاق في هاتين الحالتين عدة شروط:

أولاً: يشترط لتطبيق أحكام الالتصاق ألا يوجد اتفاق يخالف هذه الأحكام حيث أنها لا تتعلق بالنظام العام على النحو السابق بيانه.

ثانياً: يشترط أن يكون من أقام المنشآت غير مالك الأرض، وأن يكون قد أقامها لحسابه الخاص لا لحساب صاحب الأرض على النحو السابق بيانه.

ثالثاً: يشترط أن تكون بصدد ما يصدق عليه وصف منشآت، وأن تكون هذه المنشآت قد قصد بقاؤها على الدوام على النحو السابق بيانه.

رابعاً: يشترط ألا يوجد نصوص خاصة بشأن المنشآت التي يقيمها شخص على أرض غيره. من هذا القبيل نص المادة ٥٨٣ موجبات وعقود والذي يبين الحكم في حالة ما إذا قام المستأجر بالبناء أو بالغراس أو إحداث غير ذلك من التحسينات التي تزيد من قيمة العين المؤجرة فنصت على أنه «١ ـ إذا أنشأ المستأجر بنايات أو غراسات أو غيرها من التحسينات التي زادت في قيمة المأجور، وجب على المؤجر أن يعيد إليه في نهاية الإجارة إما قيمة النفقات وإما قيمة التحسين على شرط أن تكون التحسينات قد أجريت مع علمه وبدون معارضته» «٢ ـ وإلا فيحق للمؤجر بعد إقامته البرهان على أن تلك التحسينات لا تعود عليه بفائدة ما، أن يطلب من المستأجر نزعها وتعويضه عند الاقتضاء من الأضرار التي تصيب العقار من هذا النزع» «٣ ـ أما إذا آثر المؤجر أن يحتفظ بالتحسينات ويدفع إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، فيجوز للقاضي أن يعين له مهلة لأدائها» وهذا النص يقابل نص المادة ٥٩٢ مدني مصري السابق التعرض له.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢١٥ ص ٣٣٠.

الفرض الثالث: المنشآت التي يقيمها شخص على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث:

تنص المادة ٢١٨ ملكية عقارية على أنه «إذا كانت الأغراس أو الأبنية قد غرسها أو شيدها شخص آخر بمواد ليست له فلا يحق لصاحب هذه المواد المطالبة بها بل له الحق بتعويض يترتب على الشخص المذكور كما يترتب على صاحب الأرض أيضاً ولكن بمقدار القيمة التي تكون باقية في ذمة هذا الأخير».

ويتضح من ذلك أنه في خصوص العلاقة بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت أو الأغراس تطبق أحكام الإلحاق (الالتصاق) تبعاً لما إذا كان من أقام المنشآت أو الأغراس حسن النية (م ٢١٦ ملكية عقارية) أو سيء النية (م ٢١٧ ملكية عقارية) أما بالنسبة لصاحب المواد فليس له أن يطلب إزالة المنشآت لاسترداد مواده، وإنما يقتصر حقه على الرجوع بالتعويض على من أقام المنشآت والأغراس. وله بمقتضى المادة ٢١٨ دعوى مباشرة على صاحب الأرض ليطالبه بقدر ما هو مستحق في ذمته لمن أقام المنشآت من قيمة تلك المنشآت.

وإذا أزيلت المنشآت أو الأغراس بناءً على طلب صاحب الأرض في حالة سوء نية من أقامها أو بناءً على طلب من أقامها في حالة حسن النية كان لصاحب المواد استردادها بوصفه مالكاً لها، إذ أن الإلحاق لم يتحقق في هذه الحالة.

المبحث الثاني: الالتصاق بمنقول

تنص المادة ٩٣١ مدني على أنه «إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما».

هذا النص يفترض ما يلي:

أولاً: أن يكون هناك التصاق بين منقول ومنقول.

ثانياً: أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين.

ثالثاً: أن يحدث اندماج بين المنقولين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف. وهذه هي العلة من تطبيق أحكام الالتصاق في هذه الحالة وذلك حتى يتسنى تحديد المالك للمنقول الجديد.

رابعاً: ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين في شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق، حيث أنه إذا وجد اتفاق سابق فإنه يكون واجب التطبيق لا أحكام الالتصاق.

ويتحقق الالتصاق بالمنقول في ثلاث صور:

١ ـ الضم adjanction ويكون ذلك في حالة ما إذا اتحد منقولان في شيء واحد ومع ذلك يمكن التمييز بينهما، مثال ذلك وضع صورة في إطار، ووضع قطعة من الماس في خاتم من ذهب.

٢ ـ المزج mélange ويكون ذلك في حالة ما إذا اختلط المنقولان دون إمكانية

التمييز بينهما كاختلاط سائلين ببعضهما.

٣ ـ التحويل spécification ويكون ذلك في حالة ما إذا أدى اختلاط المنقولين إلى وجود شيء جديد مغاير لكل منهما. كتحويل الخشب إلى أثاث.

ويندر تحقق الالتصاق في الحياة العملية خاصة وأن قاعدة «الحيازة في المنقول سند الحائز» تؤدي إلى تخلف أهم شروط الالتصاق حيث غالباً ما يتملك مالك أحد المنقولين الآخر بمجرد حيازته بمقتضى تلك القاعدة، وبالتالي تخلف شرط اختلاف المالكين للمنقولين.

وعندما يتوافر شروط الالتصاق بالمنقول فإنه لا توجد قاعدة موضوعية في هذا الخصوص بل أوكل المشرع الأمر للقاضي يفصل فيه طبقاً لتوجيهات عامة يسترشد بها.

وعلى ذلك فإن القاضي يسترشد بقواعد العدالة ويراعي الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما.

فبمراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة قد يقضي القاضي بقسمة المنقول إذا كانت القسمة العينية ممكنة، كما هو الحال عند امتزاج شيئين مثليين، كسائلين من نوع واحد أو كميتين من القمح. وقد يقضي القاضي بجعل الملكية شائعة بين المالكين. وقد يقضي القاضي بالملكية لصاحب المنقول الأكبر قيمة في مقابل تعويض المالك الآخر كما لو كنا بصدد وضع قطعة من الماس في خاتم من ذهب، أو صورة ثمينة وضعت في إطار ففي هذه الحالات يتحقق الالتصاق بالمعنى الفني.

في القانون اللبناني: لم يرد نص مقابل لنص المادة ٩٣١ مدني مصري ولكن يمكن تطبيق هذه الأحكام طبقاً للقواعد العامة[1].

(١) في القانون الفرنسي قد اهتم المشرع بهذا الموضوع وكرس ثلاث عشرة مادة (م ٥٦٥ ـ ٥٧٧ مدني فرنسي) متأثر في ذلك بالقانون الروماني الذي كان يعير هذه المسألة أهمية كبيرة نظراً لعدم معرفته بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الحائز». انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٢٥ ص ٣٢٨.



الفصل الثالث

الشفعة

١ ـ تعريف الشفعة والحكمة من تقريرها:

الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أحوال معينة إذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون. (م ٩٣٥ مدني مصري)[(١)].

فالشفعة تعتبر إذاً مصدراً من مصادر الحقوق العينية العقارية. ولذلك فهي تصلح سبباً لاكتساب الملكية والانتفاع والحكر، أما الارتفاق حيث أنه لا يتصور بيعه مستقلاً عن العقار المرتفق لذلك فإن الشفعة لا تصلح سبباً لاكتسابه مستقلاً، وإنما تؤدي الشفعة في بيع العقار المرتفق (المخدوم) إلى اكتساب الشفيع لحق ارتفاق مقرر له بالتبعية لاكتساب ملكية هذا العقار.

والحكمة من وراء تقرير الشفعة هي الرغبة في دفع الضرر المتوقع للشفيع في حالة ما إذا اتصل ملكه بالعقار المبيع. كما أن للشفعة فوائدها الاقتصادية أيضاً في حالة إذا ما أدت إلى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق

---

(١) وبالمثل تنص المادة ٢٣٨ ملكية عقارية لبناني على أن «الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها. في المواد التالية».

وقد استمد المشرع أحكام الشفعة من الفقه الإسلامي، ولذلك يعتبر الفقه الإسلامي مصدراً تاريخياً لها يجب الرجوع إليه عند تفسير هذه الأحكام بشرط عدم التعارض مع المبادىء العامة في القانون حتى يحتفظ النظام القانوني بانسجامه وتناسقه. ويلاحظ أن نظام الشفعة معروف في بعض القوانين الأخرى كالقانون الإلماني والإسباني.

الانتفاع[1] أو الحكر، أو إنهاء الشيوع في حالة بيع الشريك المشتاع حصته الشائعة لأجنبي. لكن مما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أنه لا يلزم لثبوت الشفعة أن يتحقق الضرر فعلاً، كما أن انتفاء الحكمة من تقرير الشفعة لا ينفي قيامها حيث أن الشفعة تثبت بتوافر أحد أسبابها وشروط الأخذ به.

أما الحكمة من وراء تقريرها تكون فقط بمثابة الهادي المنير للقاضي عند تفسير أحكامها وتطبيقها.

والشفعة إذ تؤدي إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري، فإنها لذلك تعتبر قيد على حرية التصرف وحرية التعاقد على خلاف الأصل والقياس، فمن الأصول الشرعية الثابتة أن مال الإنسان لا ينتزع منه إلا برضاه. ولذلك يجب عدم التوسع فيها. وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن الطبيعة القانونية للشفعة وهذا هو موضوع الفقرة التالية:

٢ ـ الطبيعة القانونية للشفعة وأثرها:

يتضح لنا مما سبق أن الشفعة رخصة استثنائية حيث أنها تؤدي إلى تقييد حرية التصرف وحرية التعاقد، فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبراً على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفاً في عقد مع شخص آخر غير الذي أراد البيع إليه. ويجد الشفيع نفسه طرفاً في عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك في انعقاده.

وقد كان لهذه الطبيعة القانونية انعكاساً واضحاً وعميقاً على أحكام الشفعة، فأحاطها المشرع بمجموعة من القيود الموضوعية والقيود الإجرائية.

ـ فمن القيود الموضوعية التي وضعها المشرع للأخذ بالشفعة: أن جعلها لا تقع إلا على العقارات، كما أن الشفعة غير قابلة للتجزئة، وأجاز للشفيع التنازل عن حقه في الأخذ بها ولو قبل البيع (م ١/٩٤٨ مدني)، كما أن المشتري الذي يتوافر فيه شروط الشفعة يفضل على الشفعاء الذين هم في طبقته

---

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦، ص ٣٤٣.

(م ٩٣٧/٣ مدني) ومنع المشرع الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع وبين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٩٣٩/ب مدني).

ـ ومن القيود الإجرائية التي وضعها المشرع للأخذ بالشفعة: أن وضع مواعيد يؤدي عدم احترامها إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، فأوجب على الشفيع إعلان رغبته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، كما يجب عليه أن يقوم بإيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة المختصة (م ٩٤٢/ ٢ مدني) ثم يقوم برفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٣ مدني)، وإذا لم يتم الإنذار ولم يبادر الشفيع بإعلان رغبته فإن حقه في الأخذ بالشفعة يسقط في جميع الأموال إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨/ب مدني).

ـ والشفعة على هذا النحو ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، فهي طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، كالعقود والميراث ووضع اليد بدون فرق. ولا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقاً عينياً[(١)].

فالشفعة حق من الحقوق الترخيصية أو المنشئة «droit formateur». والحق الترخيصي أو المنشىء، هو الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب من تقرر له. والحق الترخيصي أو المنشىء يجد مصدره في المركز القانوني الذي يتواجد فيه صاحبه، ولذلك فهو لا يتقرر لأي شخص، لأنه لولا وجود هذا المركز القانوني ما كان لإعلان إرادة من تقرر له أي أثر قانوني. من ذلك أيضاً حق الموجب له في القبول، حق المسترد في أن يسترد الحصة الشائعة

---

(١) انظر استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ القضاء ص ١٠٧ مشار إليه في السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٢ ص ٤٤٨ هامش ١.

المبيعة، وحق الموعود له في عقد الوعد بإعلان رغبته في إبراهيم العقد الموعود به. . .[1].

فالحق في الأخذ بالشفعة، باعتباره حقاً ترخيصياً[2]، يعبر عن مكنة اختيارية تتقرر في حالة بيع عقار ـ يسمى بالعقار المشفوع فيه، لشفيع عين القانون أحواله، وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة ـ ويسمى بالعقار المشفوع به ـ ليحل محل المشتري ـ ويسمى بالمشفوع منه ـ إذا توافرت شروط معينة كما سوف نرى.

٣ ـ خطة الدراسة:

سنقسم دراستنا للشفعة إلى أربعة مباحث، الأول: نتكلم فيه عن تحقق الشفعة لقيام سبب من أسبابها وتوافر شروطها، الثاني: نبين فيه إجراءات الشفعة، الثالث: نكشف فيه عن مسقطاتها، والرابع: نقف فيه على آثارها.

---

(١) انظر في الفرق بين الرخصة والحق المنشىء السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٢ ص ٤٤٩ هامش ١، ص ٤٥١ هامش ١، وانظر في دراسة مستفيضة لتأصيل الشفعة، أستاذنا الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠ ص ٥٢٤ وما بعدها.

(٢) قارن عزت محمد حنورة، نظرية الشفعة في القانون المصري ١٩٨٧، فقرة ٨ ص ١٩ حيث يرى أن مكنة طلب الأخذ بالشفعة هي حق من الحقوق المالية، ولكنه ليس بالحق العيني أو الحق الشخصي وإنما هو حق من نوع خاص.

المبحث الأول: تحقق الشفعة

في هذا المبحث نبين أسباب الشفعة، ثم نحدد الشروط الواجب توافرها للأخذ بالشفعة.

المطلب الأول: أسباب الشفعة

في هذا المطلب نتناول، أولاً، بيان الشفعاء وطبقاتهم، ثم نبين بعد ذلك كيفية فض التزاحم بينهم.

أولاً: بيان الشفعاء وطبقاتهم:

تنص المادة ٩٣٦ مدني مصري على أن «يثبت الحق في الشفعة:

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي.

(جـ) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

٢ ـ إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣ ـ إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل».

في القانون اللبناني: وتنص المادة ٢٣٩ ملكية عقارية على أن «يثبت الحق في الشفعة:

١ ـ لمالك الرقبة، إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه[١].

٢ ـ للشريك في الشيوع، إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار الشائع من أجنبي[٢].

٣ ـ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به سواء تناول البيع كل الرقبة أم بعضها[٣].

٤ ـ لمالك الرقبة في الحكر أو السطحية أو الإجارتين أو الإجارة الطويلة أو الإجارة العينية المنصوص عليها في القرار رقم ١٢/ل.ر. الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤[٤].

٥ ـ للجار الملاصق لمالك إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع أو كان لعقاره وللعقار المبيع

---

(١) تم تعديل هذه الفقرة بالقانون رقم ٤٦١ في ٧/٩/١٩٩٥ تعديلاً طفيفاً وأصبح الآتي: «١ ـ لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه».

(٢) تم تعديلها بالقانون السابق لتصبح كالآتي: «٢ ـ للشريك في الشيوع، إذا بيعت حصة أو أكثر من العقار الشائع من غير الشركاء في الشيوع».

(٣) تم تعديلها بالقانون السابق الإشارة إليه على النحو التالي: «٣ ـ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها».

(٤) هذه الفقرة أُلغيت بالمادة الأولى من القانون ٤٦١ في ٧/٩/١٩٩٥ الجريدة الرسمية العدد ٣٦.

اشتراك في ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو في حق الشرب الخاص[١].

٦ ـ لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق[٢].

هؤلاء هم الشفعاء على حسب الترتيب الذي أورده المشرع. وهذا الترتيب له أهمية عند المفاضلة بين الشفعاء في حالة تزاحمهم كما سنرى فيما بعد.

ومما تجدر ملاحظته هنا أن الشفعة ثبتت لهؤلاء الشفعاء لوجودهم في مركز قانوني معين يعبر في الغالب عن اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع على نحو معين، اتصال شركة بالمعنى الواسع، أو اتصال جوار.

وعلى ضوء هذه النصوص سنعرض لكل سبب من أسباب الشفعة بحسب الترتيب السابق.

١ ـ شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه (م ٩٣٦/أ مدني مصري، م ٢٣٩/١ ملكية عقارية لبناني). فالشفعة في هذه الحالة ليست سبباً لكسب الملكية، بل هي سبب لكسب حق الانتفاع، ويصبح بها الشفيع مالكاً ملكية تامة.

والحكمة من تقرير حق الشفعة في هذه الحالة هي أنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة فتجتمع للمالك سلطاته على الشيء ولهذا فوائده الاقتصادية غير المنكورة.

والمقصود بحق الانتفاع الملابس، أنه الحق الذي يقع على ملكية الرقبة التي تكون ثابتة للشفيع، بحيث إذا اجتمع الحقان تنتهي تجزئة الملكية، وهذا الفرض نادر الحصول في العمل.

---

(١) هذه الفقرة أُلغيت بالمادة الأولى من القانون ٤٦١/١٩٩٥.

(٢) هذه الفقرة أُلغيت بالمادة الأولى من القانون ٤٦١/١٩٩٥ وقد نصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن «يسقط كل حق آخر بالشفعة نشأ قبل نفاذ هذا القانون ولم يستعمل بعد».

وتثبت الشفعة لمالك الرقبة ولو كان حق الانتفاع لعدة شركاء على الشيوع، وباع أحدهم حصته الشائعة، ولو كان البيع لأحد الشركاء الآخرين[1] إذ أن الشفعة كما تثبت في كل حق الانتفاع الملابس تثبت أيضاً في بعضه (م ٩٣٦/أ مدني مصري، م ٢٣٩/ ١ ملكية عقارية لبناني).

ويجوز لمالك الرقبة أن يطلب الشفعة إذا بيع حق الاستعمال أو حق السكنى، في الأحوال التي يجوز فيها البيع (م ٩٩٧ مدني) وذلك تطبيقاً لنص المادة ٩٩٨ مدني والتي تقضي بأنه «فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى حتى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين»[2].

٢ ـ شفعة الشريك في الشيوع

وهنا سنعرض للقاعدة والحكمة من تقريرها، ثم نبين الشروط الواجب توافرها لتثبت الشفعة للشريك في الشيوع.

(أ) القاعدة والحكمة من تقريرها:

تثبت الشفعة في المرتبة الثانية للشريك في الشيوع، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي (م ٩٣٦/ ب مدني).

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٣٩/ ٢ ملكية عقارية (بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٦١ في ٣١/٨/١٩٩٥ والنافذ في ٧/٩/١٩٩٥) على أن يثبت

---

(١) «مفاد نص المادتين ٩٣٦، ٩٣٧ من القانون المدني أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة ـ في بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكاً مشتاعاً ولا جاراً مالكاً وتحقيقاً لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له في الشفعة في بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التي يملكها». نقض ١٣/ ١٢/ ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، س ٣٠ ع ٣ ص ٢٦١.

(٢) إسماعيل غانم، ص ٦٧، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٩ ص ٣١٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٧ ص ٣٥٠، حسن كيرة، فقرة ٣٠٨ ص ٥٤١.

الحق في الشفعة «للشريك في الشيوع، إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار الشائع من غير الشركاء في الشيوع».

والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة، هي منع دخول أجنبي بين الشركاء في العقار الشائع[1]. كما أن الشفعة تقوم في هذه الحالة على اعتبارات اقتصادية وقانونية، وهي الحد من تعدد الشركاء وما يترتب عليه من تعقيد للأمور وزيادة في المنازعات بين الشركاء مما يكون له أثره الواضح على إدارة واستغلال الشيء الشائع، علاوة على أن الشفعة قد يترتب عليها في هذه الحالة إنهاء حالة الشيوع، وهو هدف يسعى ويشجع عليه القانون.

(ب) شروط الأخذ بالشفعة:

وهذه الشروط تدور حول الشريك الذي له الحق في الأخذ بالشفعة، والبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة.

- **فبالنسبة للشريك الذي له الحق في الأخذ بالشفعة،** فيجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

١ ـ يجب أن يكون الشفيع شريكاً على الشيوع في العقار الذي بيعت حصة منه نفسه، وعلى ذلك فلا يجوز للشريك في الحائط الفاصل بين ملكه والعقار المبيع أن يشفع بوصفه شريكاً لأنه ليس شريكاً في العقار المبيع ذاته[2].

---

(١) وهو نفس الاعتبار الذي تقرر من أجله رخصة الاسترداد عند بيع حصة شائعة لأجنبي في المنقول الشائع أو في المجموع من المال (م٨٣٣ مدني) انظر ما سبق ص١٤٧ وما بعدها.

(٢) ويرى أستاذنا الدكتور حسن كيرة إجراء نفس الحكم في حال الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق مملوك كل منها ملكية مستقلة إذا بيعت طبقة أو شقة منها، فلا يجوز لمالك طبقة أو شقة أخرى من الشفعة في الطبقة أو الشقة المبيعة استناداً إلى ملكيته في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار إذ هو ليس شريكاً في ملكية الطبقة أو الشقة المبيعة، فقرة ٣١١، ٥٤٨، ٥٤٩، وانظر عكس ذلك. محمد علي عرفة، جـ ٢، فقرة ٢٤٢، ص ٤٣٤، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٨٥ ص ٥٦٩، ٥٧٠ محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، ١٩٧٨ فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٨، ٤٣٩، عزت حنورة، نظرية الشفعة في القانون المصري، فقرة ٤٧، ص ٨٣ ـ ٨٥.

ولكن قد يكون له الحق في الأخذ بالشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه. كما أنه لا يجوز للشريك في مجرى مشترك معد للري[١]، أو في فناء مشترك أو في طريق مشترك بين عقارين أن يشفع فيهم بوصفه شريكاً لأنه حقه الشائع يقتصر عليهم فقط، ولكن يجوز لهم طلب الشفعة على أساس الجوار إذا توافرت شروطه[٢].

٢ ـ يجب أن يكون الشفيع شريكاً في الشيوع وقت البيع، على ذلك لا تثبت الشفعة لمن اشترى حصة من أحد الشركاء بعقد غير مسجل إذ الملكية لا تنتقل إليه إلا بالتسجيل[٣]. كما لا تثبت الشفعة لمن اشترى جزءً مفرزاً من أحد الشركاء ولو سجل عقده لأن هذا العقد غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي لا يعتبر شريكاً معهم في الشيوع كما سبق أن رأينا[٤] وسنعود لهذا الموضوع فيما بعد. وفي كل هذه الأحوال يبقى للشريك البائع حق الأخذ بالشفعة بشرط أن يكون مالكاً لما يشفع به وقت بيع العقار وأن يبقى مالكاً له حين الأخذ بالشفعة ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه[٥].

وكذلك لا تثبت الشفعة إذا انقضى الشيوع لأي سبب من الأسباب ثم بيع

---

(١) نقض ٢٠/١٢/١٩٥٦، الطعن رقم ١٩٧ سنة ٢٣، مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٠١٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٩، فقرة ١٨١ ص ٥٤٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٠ ص ٣٦١، إسماعيل غانم، ٦٧، حسن كيرة، فقرة ٣١١ ص ٥٤٨، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٨ ص ٣٥١، ٣٥٢.

(٣) نقض ١٣/١٢/١٩٥٦، مجموعة أحكام النقض، س ٧ ص ٩٨٦، ٧/٢/١٩٥٧، س ٨ ص ١٤٣، ٢٤/١١/١٩٧٣، س ٢٤ ص ٣٢٩، ٢٠/١١/١٩٨١، س ٣٢ ص ٢٣٤١، ٣٠/١/١٩٨٦ الطعن رقم ١٩٦٧ لسنة ٥٢ ق.

(٤) انظر ص ١٦١ وما بعدها، وانظر نقض ٣٠/١١/١٩٥٠ طعن رقم ٤٨ سنة ١٩ ق، ٢٥/٦/١٩٥٣ طعن رقم ٣٢٥ سنة ٢٠ ق.

(٥) انظر نقض ٢١/١٢/١٩٤٤ طعن رقم ٩٧ سنة ١٣، ٥/٣/١٩٧٩، س ١٤٣٠ ص ٧٠٨.

جزء من عقار كان يدخل فيه ولذلك قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان ما انتهى إليه الحكم من تكييف المحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة هو تكييف صحيح تؤدي إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الشريك المتقاسم في الأخذ بالشفعة فإنه لا يكون قد خالف القانون»[1].

- **بالنسبة للبيع الذي بمقتضاه يتم الأخذ بالشفعة**، فإنه يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

١ - يجب أن يكون البيع لأجنبي، ولذلك إذا باع أحد الشركاء حصته إلى شريك آخر، فلا يجوز لأي من باقي الشركاء طلب الشفعة. وهذا الشرط بذاته يكشف بجلاء عن الحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة.

٢ - يجب أن يكون البيع لحصة شائعة، وهذا الشرط مرتبط بسابقه، إذ في هذه الحالة يكون البيع صحيح ونافذ فيما بين الطرفين وبالنسبة لباقي الشركاء ويترتب عليه أن يصبح المشتري شريكاً معهم دون التوقف على موافقتهم، لذلك فتح لهم باب الشفعة لتجنب هذه النتيجة.

أما بالنسبة لبيع الحصة المفرزة فقد ثار الخلاف بصدده.

فذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا التصرف يعتبر صحيحاً كتصرف في حصة شائعة تعادل قدر الجزء المتصرف فيه. على أساس أن المتصرف إليه لا يمكن أن يكون له حقوق أكثر من سلفه وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة[2] ويترتب على ذلك أن يصبح المشتري شريكاً لأن نص المادة ٩٣٦ مدني يثبت الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع «شيء» من العقار الشائع وهذا التعبير كما يصدق على بيع الحصة الشائعة يصدق على بيع الجزء المفرز[3].

---

(١) نقض ٦/١١/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١١٦٤.

(٢) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، ١٩٩٢، فقرة ٤١٤ ص ٣٩٨، عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ١٣٢ ص ١٦٢.

(٣) محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢، عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في =

ويذهب رأي آخر، وهو الذي نؤيده، إلى أنه إذا كان بيع الجزء المفرز صحيحاً نافذاً فيما بين الطرفين، لكن هذا لن يكفي لإجازة الشفعة فيه حيث أن هذا البيع غير نافذ في مواجهة باقي الشركاء وبالتالي لا يعتبر المشتري شريكاً مع شركاء البائع ولذلك تنتفي الحكمة من إعطاء باقي الشركاء الشفعة في هذه الحالة[1].

وقد ذهبت محكمة النقض إلى اعتناق الرأي الأول، فقضت بأن «مؤدى نص المادتين ٨٢٦، ٨٣٦ من القانون المدني أن للمالك على الشيوع الحق أن يبيع ملكه محدداً ومفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع. ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءً أو رضاءً مما يعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبني على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص المادة ٩٣٦ من القانون المدني»[2].

في الحقيقة إن ما ذهبت إليه محكمتنا العليا يجافي المنطق ويصطدم مع صريح نصوص القانون وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن المحكمة تنسب إلى إرادة المتعاقدين ما لم تنصرف إليه لا حقيقة

= الأموال، ١٩٥٩ فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤، ٣٤٥، رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الدار الجامعية ١٩٨٦ بيروت ص ٣٤٩.

(١) إسماعيل غانم، ص ٦٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣١ ص ٣١٣، حسن كيرة، فقرة ٣١٢ ص ٥٥١ شفيق شحاتة، فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٩، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٨١ ص ٥٤٩، ٥٥٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٨ ص ٣٥٢، جمال الدين زكي، فقرة ٢٣٥ ص ٤٢٨.

(٢) نقض ١/٥/١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض، س ٣١ ص ١٢٨٣، ٣٠/١/١٩٨٣ س ٣٤، ص ٣٤٠، ٢٠/١/١٩٨٨ الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق، ٢٢/٦/١٩٨٨ الطعن رقم ١٦١٥ لسنة ٥٥ ق.

ولا في الظاهر، وذلك بأن جعلت التصرف في حصة مفرزة في حكم التصرف في قدر شائع. كما أن ذلك يتعارض مع نص المادة ٨٢٦/ ٢ مدني.

ثانياً: إن عدم إعطاء الشركاء الحق في الشفعة إلا في بيع الحصة الشائعة يتفق وقصد المشرع الذي عبر عنه صراحة وبوضوح في نص المادة ٨٣٣ مدني المتعلق بحق الاسترداد، وبالتالي ليس هناك أدنى مبرر للتفرقة في هذا الخصوص بين حق الاسترداد والشفعة لأن الحكمة منهما واحدة[١].

ثالثاً: أن اعتبار البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء يكفي وحده لعدم اعتبار المشتري لجزء مفرز شريكاً في الشيوع وبالتالي لا حاجة أساساً لإعطاء باقي الشركاء الحق في الأخذ بالشفعة لانتفاء الحكمة منها، وهي منع دخول أجنبي بين الشركاء، وفي ذلك اقتصاد للوقت والنفقات وعدم إثقال لكاهل القضاء. كما أن الشفعة قد ثبتت على خلاف الأصل والقياس فكان الأولى عدم التوسع فيها.

رابعاً: قصر الشفعة على حالة بيع أحد الشركاء على الشيوع لحصة شائعة من العقار الشائع يحقق الاتساق في أحكام محكمة النقض. خاصة وأن هذه المحكمة لا تعطي لمشتري الحصة المفرزة حق طلب الشفعة إذا ما باع أحد الشركاء في الشيوع لحصة شائعة إلى أجنبي[٢] على أساس أن المشتري لا يعتبر

---

(١) ويرى البعض أن هذا قياس مع الفارق على أساس أنه في الاسترداد الأمر يتعلق ببيع حصة شائعة في منقول معين قسمته تنهي كل صلة أو شبهة صلة بين من كانوا شركاء فيه وذلك بخلاف الأمر في العقار، عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٤٢. هذا الرأي يتجاهل أن الاسترداد يشمل أيضاً بيع حصة شائعة في مجموع من المال، كالتركة، وأموال الشركة بعد حلها، والمتجر، وذلك حتى لو اشتمل هذا المجموع على عقار، وفي هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل الملكية إلا بتسجيل التصرف.

(٢) نقض ٣٠/ ١١/ ١٩٥٠ طعن رقم ٤٨ سنة ١٩ ق، ٢٥/ ٦/ ١٩٥٣ طعن رقم ٣٢٥ سنة ٢٠ ق. وقد قضت محكمة النقض في هذه الأحكام «بأن من تلقى حصة مفرزة من شريك مشتاع لا يستطيع إذا ما طلب الشفعة أن يجابه المشفوع منه إلا بسنده وفي حدوده أي باعتباره مالكاً ملكية مفرزة، ومن ثم فإنه لا يكون له أن يشفع إلا بصفته جاراً =

مالكاً للجزء المفرز في مواجهة باقي الشركاء، وبالتالي ليس شريكاً في الشيوع، وذلك لعدم نفاذ البيع في حقهم أصلاً، أي ليس مالكاً لحصة شائعة في ذات العقار محل البيع الذي يراد طلب الشفعة فيه!!!.

وهكذا اعتبرت المحكمة المشتري لجزء مفرز في الفرض الأول شريكاً بأن جعلت التصرف في حصة مفرزة في حكم التصرف في قدر شائع وأجازت لباقي الشركاء طلب الشفعة. وفي الفرض الثاني لم تعتبره كذلك وأنكرت عليه طلب الشفعة في حالة بيع أحد الشركاء لحصة شائعة إلى أجنبي!!!.

ولذلك نرى أنه يجب، رغم عموم نص المادة ٩٣٦/ب مدني، قصر الشفعة على حالة بيع حصة شائعة من العقار المملوك على الشيوع.

(جـ) نطاقها:

تثبت الشفعة عند بيع الشريك لحصة شائعة، ويستوي في ذلك الشريك في حق الملكية أو الشريك في حق الانتفاع[1]، حيث أن نص المشرع على ثبوت الشفعة «للشريك في الشيوع» مطلق، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص على تقييده. كما أن اصطلاح «العقار الشائع» لفظ مطلق أيضاً يشمل الملكية العقارية كما يشمل الانتفاع العقاري، إذ طبقاً للمادة ٨٣ مدني يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على عقار.

كما أن الحكمة في ثبوت الشفعة للشريك في الملكية، وهي استبعاد الأجنبي والعمل على إنهاء الشيوع، قائمة بالنسبة للشريك في الانتفاع[2].

= ملاصقاً. وكل ادعاء منه على خلاف مقتضى سنده خليق بأن يهدره القاضي، ذلك أن من تلقى حصة مفرزة لا يملك بإرادته المنفردة أن يغير موضوع حقه فيجعله شائعاً...».

(١) انظر عكس ذلك محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٩، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣٩٠ ص ٤٣١.

(٢) انظر إسماعيل غانم، ص ٦٨، شفيق شحاتة، فقرة ٢٤٦ ص ٢٦٠، محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٤١٣، عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤، ٣٤٥، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٠ ص ٣١٢، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٨١ ص ٥٥٢، ٥٥٤، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٩ ص ٣٥٣، عبد المنعم البدراوي،=

كما أن بيع البناء على سبيل القرار، استقلالاً عن الأرض هو بيع عقار ويجوز للشريك المشتاع في البناء أخذ الحصة المبيعة فيه بالشفعة طبقاً لما تنص عليه م ٩٣٦/ب مدني مصري[1].

٣ ـ شفعة المنتفع في ملكية الرقبة

تثبت الشفعة، في المرتبة، الثالثة، لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها (م ٩٣٦/جـ مدني مصري، م ٣/٢٣٩ ملكية عقارية لبناني) ثبوت الشفعة في هذه الحالة يستجيب لنفس الاعتبارات التي أدت إلى ثبوتها، لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه، وهي جمع ما تفرق من عناصر حق الملكية في يد واحدة. ولذات العلة تثبت الشفعة أيضاً، وبنفس الشروط، لصاحب حق الاستعمال أو السكنى طبقاً للمادة ٩٩٨ مدني التي تنص على سريان أحكام الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما[2].

وتطبيقاً لذلك إذا كانت الرقبة لشخص واحد والانتفاع لشخص واحد كذلك، وبيعت الرقبة كان لصاحب الانتفاع أن يشفع فيها دون أدنى صعوبة.

أما إذا كان حق الانتفاع شائعاً بين عدة شركاء وبيعت الرقبة كلها كان لأصحاب الانتفاع مجتمعين أن يشفعوا فيها كل منهم بقدر نصيبه، وبالتالي ليس لكل واحد منهم أن يشفع في كل الرقبة لأن حقه لا يلابس إلا بعض المبيع.

لكن إذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وباع أحدهم حصته فيها، كان لصاحب الانتفاع أن يشفع لأن الرقبة المبيعة هي بعض الحق الملابس لحق

= حق الملكية ١٩٧٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٤٠، حسن كيرة، فقرة ٣١١ ص ٥٤٧، ٥٤٨، جمال الدين زكي، فقرة ٢٣٥ ص ٤٢٩، ٤٣٠، محمد لبيب شنب، موجز في الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٤ فقرة ٧٩ ص ٧٩.

(١) انظر نقض ١٩٧٥/٦/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ عدد ١ ص ١٢١٦.

(٢) إسماعيل غانم، ص ٢٧٠ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣١ ص ٣١٤، حسن كيرة، فقرة ٣٠٨ ص ٥٤١، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١١٢ ص ٥٥٨ هامش ٢.

الانتفاع مما يدخل في حكم النص. ويلاحظ هنا أنه إذا تزاحم على الشفعة في بيع الحصة الشائعة في الرقبة شريك آخر في ملكيتها وصاحب الانتفاع فضل الشريك في الرقبة لأنه في مرتبة سابقة على شفعة المنتفع في ملكية الرقبة[١] ويشترط ليقوم هذا التزاحم أن يكون بيع الحصة الشائعة في الرقبة لأجنبي لأنه إذا كان المشتري شريك آخر في الرقبة فلا تصح الشفعة لصاحب الانتفاع، إذ أن المشتري في هذه الحالة توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً في مرتبة أعلى (م ٩٣٧/ ٣ مدني) وفي هذه الحالة يتجلى الفارق بين شفعة مالك الرقبة وشفعة صاحب حق الانتفاع حيث أن شفعة هذا الأخير لا تصح إلا إذا كان البيع لأجنبي بينما على عكس ذلك تصح شفعة مالك الرقبة حتى ولو باع أحد الشركاء في الانتفاع حصته الشائعة إلى شريك آخر[٢].

٤ ـ شفعة مالك الرقبة في الحكر والمستحكر

طبقاً لنص المادة ٩٣٦/ د مدني يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة»[٣] والحكمة من تقرير الشفعة هنا أيضاً هي جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد واحدة.

والشفعة في الحالتين نادرة في العمل حيث أن حق الحكر لا يترتب، منذ العمل بالتقنين المدني الحالي، إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢/ ٢ مدني).

ويترتب على ذلك **أولاً**: أنه بالنسبة لشفعة مالك الرقبة في الحكر، نجد أنه في حالة بيع حق الحكر لا يجوز للوقف، وهو مالك الرقبة، أن يأخذ بالشفعة (م ٩٣٩/ ٢ مدني) ولذلك لا يتصور شفعة مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر إلا بالنسبة للأحكار القائمة على أراضي غير موقوفة قبل العمل

---

(١) انظر نقض ١٣/ ١٢/ ١٩٧٩ السابق الإشارة إليه.

(٢) إسماعيل غانم، ص ٧٠.

(٣) قارن هذه الصياغة بما رود في نص المادة ٩٣٦/أ، ٩٣٦/جـ وانظر انتقاد ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٢ ص ٣١٤ هامش ١، وقارن حسن كيرة، فقرة ٣٠٩ ص ٥٤٢، ٥٤٣.

بالقانون المدني الحالي أو في حالة زوال الوقف عن الأرض المحكرة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو إنقاصه لمدته (م ١٠٠٨/ ٣ مدني) إذ في هاتين الحالتين يبقى الحكر قائماً على أرض غير موقوفة استثناءً من القاعدة العامة.

ثانياً: بالنسبة لشفعة المستحكر إذا بيعت الرقبة، نجد أنها لا تتحقق من حيث المبدأ حيث أنه لا يجوز بيع أعيان الوقف[١]، ولا شفعة إلا في بيع[٢].

في القانون اللبناني: ألغى القانون رقم ٤٦١ في ٣١/ ٨/ ١٩٩٥ والنافذ في ٧/ ٩/ ١٩٩٥ الفقرة الرابعة من المادة ٢٣٩ ملكية العقارية والتي كانت تعطي الحق في الشفعة لمالك الرقبة في الحكر أو السطحية أو الإجارتين أو الإجارة الطويلة أو الإجارة العينية. ونصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة الجديدة على أن «يسقط كل حق آخر بالشفعة نشأ قبل نفاذ هذا القانون ولم يستعمل بعد».

٥ ـ شفعة الجار المالك

وردت شفعة الجار المالك في آخر مراتب الشفعاء (م ٩٣٦/ هـ مدني). ومع ذلك هذا السبب من أسباب الشفعة لم يلق ترحيباً لا من جمهور فقهاء الشريعة من قبل[٣] ولا من جمهور فقهاء القانون من بعد[٤]. وقد كان لذلك

---

(١) ويسمح بصفة استثنائية بيع الوقف عن طريق الاستبدال، ويرى البعض أنه ببيعها تفقد صفة الوقف فينتهي الحكر على هذه الأرض وينتقل إلى الأرض الأخرى التي استبدلت بها ولذلك لا يكون للمحتكر أن يطلب الشفعة في هذا البيع، إسماعيل غانم ص ٧٠ بينما يرى البعض أن الشفعة يمكن أن تتحقق قبل تسجيل عقد البيع منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٢ ص ٣١٥ وانظر في التعليق على هذه الآراء السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٣ ص ٥٦١ هامش ٢.

(٢) يلاحظ أن المحتكر يملك ما أحدثه من بناء وغراس أو غيره ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدني) ولذلك للمحتكر أن يشفع ببنائه لكن لا يصح أن تقاس عليه حالة المستأجر الذي يقيم بناءً على الأرض التي استأجرها نقض ٣/ ٢/ ١٩٥٥ طعن رقم ١٠ سنة ٢٢ ق.

(٣) انظر في عرض تفصيلي لموقف الفقه الإسلامي من ذلك رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٥٣ وما بعدها.

(٤) إسماعيل غانم، ص ٦٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٢٦ ص ٣٠٦، ٣٠٧، حسن =

صداه عند وضع التقنين المدني الحالي فقد حذفت لجنة المراجعة من مشروع التقنين المدني الجوار كسبب للشفعة، إلا أن مجلس النواب قرر إعادته. وقد كان من حسن السياسة التشريعية أن يحذف المشرع الجوار كسبب من أسباب الشفعة أو على الأقل يحصره في أضيق الحدود[1]. ولذلك كان مسلك المشرع محل انتقاد من جمهور الفقهاء[2].

وسوف نعرض لشفعة الجار المالك من حيث نطاقها، ثم نبين بعد ذلك حالاتها.

(أ) نطـاقهـا:

ويجب أن نحدد المقصود بالجوار الموجب للشفعة، وذلك حتى نحدد نطاقها من حيث الموضوع، ثم نحدد نطاقها بعد ذلك من حيث الأشخاص.

(١) - من حيث الموضوع: المقصود بالجوار:

لا يقصد هنا بالجوار مطلق الجوار، وإنما يقصد هنا الجوار بالمعنى القانوني، أي التلاصق بين العقار المبيع (المشفوع فيه) والعقار المملوك للشفيع (العقار المشفوع به). ويقصد بالتلاصق عدم وجود انفصال تام بين هذين العقارين بأن يفرق بينهما عقار آخر مستقل (كترعة أو مصرف أو طريق) غير مملوك لأي من الشفيع والبائع، بأن كان مملوكاً للدولة أو للغير أو حتى كان مملوكاً للبائع ولكنه لم يدخل في البيع، لأي سبب كان[3]. أما إذا كان الفاصل

= كيرة، فقرة ٣٠٢ ص ٥٣٥، ٥٣٦، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٤ ص ٤٧٩، ٤٨٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٢٤ ص ٣٤٧، ٣٤٨.

(١) وقد ألغى المشرع اللبناني شفعة الجوار بالقانون رقم ٤٦١ في ١٩٩٥/٨/٣١ الجريدة الرسمية العدد ٣٦ في ١٩٩٥/٩/٧.

(٢) انظر المراجع المشار إليها في هامش ٤ الصفحة السابقة.

(٣) بأن كان العقار الفاصل مملوكاً للشفيع ملكية مفرزة وليس من توابع العقار المشفوع به طالما أنه لم يستند الشفيع إلى هذا العقار الفاصل المملوك له في طلب الشفعة وذلك بسبب اكتسابه ملكية هذا العقار بعد البيع المشفوع فيه. انظر عزت حنورة، فقرة ٣١ ص ٥١ هامش ١.

مملوكاً للشفيع أو للبائع أو لكليهما[1] فلا ينفي ذلك التلاصق بشرط ألا تنحصر ملكية الشفيع[2] أو البائع في هذا الفاصل دون باقي العقار الملاصق، إذ يلزم أن يخدم هذا الفاصل أحد العقارين، ولو لم يكن مملوكاً لهما، حتى ولو كان يخدم عقارات أخرى[3].

ويشترط ألا يكون الفاصل بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه اصطناعياً يقصد به مجرد حرمان الشفيع من حق الشفعة. كأن يتعمد البائع والمشتري ترك شريط من أرض البائع من الجهة المجاورة لعقار الجار المالك (الشفيع) أو أن يقوم البائع بهبة هذا الشريط للمشتري، فلا يشمل المبيع هذا الشريط ليبقى فاصلاً بين العقارين، أو العمل على تجزئة الأرض المبيعة بأن يبيع أولاً الجزء البعيد عن عقار الجار المالك (الشفيع) فإذا ما تملك المشتري هذا الجزء يقوم بعد ذلك ببيع الجزء المتبقى والملاصق لأرض الجار المالك (الشفيع) فبذلك يمتنع على هذا الأخير طلب الشفعة في هذا البيع الثاني لأن

---

(١) نقض ١٩٤٤/١٢/٢١ طعن رقم ٩٧ سنة ١٣ ق، «سكة زراعية عملت على حساب القسمين ومملوكه لهما مناصفة»، ١٩٤٥/٢/١ طعن رقم ٨٩ سنة ١٤ ق المصرف الذي يعتبر بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالتلاصق قائم»، نقض ١٩٤٤/١٢/٧ طعن رقم ٣١ سنة ١٤ ق.

(٢) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٠ طعن رقم ١٩٧ سنة ٢٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٠١٦، حيث قضت بأنه «متى كان المشتري لا يعدو أن يكون شريكاً على الشيوع في مجرى معد للريّ يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك على الشيوع في جميع العقار المبيع يرفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة وإن كانت تلك المجرى جزء ضئيل من بعض المبيع» نقض ١٩٨٠/٥/٢٨ مجموعة أحكام البعض س ٣١ ص ١٥٤٥ حيث قضت بأن «... تمسك الطاعن بملكية المسقاة لا يجديه في القول بتوافر شروط الشفيع فيه إذ أن ملكية المساقة وحدها لا تتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق في الشفعة».

(٣) انظر نقض ١٩٤٣/١٢/٣٠ طعن رقم ٦١ سنة ١٣ ق، ١٩٤٤/١٢/٢١ السابق الإشارة إليه.

المشتري يعتبر بملكيته للجزء الأول جاراً أيضاً فيفضل هذا الجار المالك (الشفيع) طبقاً لقواعد فض التزاجم بين الشفعاء التي سوف يأتي بيانها. في هذه الحالات يذهب جمهور الفقهاء[١] إلى أنه إذا ثبت التحايل، ويكون إثباته بكافة طرق الإثبات، تعين على المحكمة رده والحكم بالشفعة. وهذا ما أخذت به محكمة النقض منذ زمن بعيد[٢].

ولا يشترط في التلاصق بالمعنى القانوني أن يكون ممتداً بقدر كاف كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء[٣] وإنما استقر الفقه[٤] والقضاء[٥] على أنه يكفي التلاصق ولو بشبر واحد. كما يستوي أن يكون هذا التلاصق أفقياً، وهذا هو المعتاد، بأن يكون العقار المشفوع به ملاصقاً للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية، أي يكون إلى جانبه في أي جهة من جهاته، أو رأسياً كأن يكون العقار المشفوع به ملاصقاً للعقار المشفوع فيه في أعلاه أو في أسفله وهذا ما يتحقق في المباني في ملكية الطبقات[٦].

---

(١) إسماعيل غانم، ص ٧٢، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣ ص ٣١٦، حسن كيرة، فقرة ٣١٤ ص ٥٥٣ هامش ٢، السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٥ ص ٥٦٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧ عزت حنورة، فقرة ٣١ ص ٥١.

(٢) نقض ١٧/٥/١٩٤٥ طعن رقم ١٠٥ سنة ١٤ ق، ٢٦/٣/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض، س ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨، نقض ١٢/٢/١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض، س ٣١، ص ٤٨١.

(٣) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢٢٢ ص ٢١٠، فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠، شفيق شحاتة، فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩.

(٤) محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤١٩، ٤٢٠، عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ٣٥٥ ص ٣٤٨، وفقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٤٠٥ ص ٤٤٢، إسماعيل غانم، ص ٧١؛ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣ ص ٣١٥، ٣١٦، حسن كيرة، فقرة ٣١٤ ص ٥٥٤، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٢، ص ٣٧٥، ٣٧٦، السنهوري، جـ ٩، فقرة ١٨٥ ص ٥٦٨.

(٥) نقض ١/٤/١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٧٤٣.

(٦) السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٥ ص ٥٦٨.

ويلاحظ أن مجرد هذا التلاصق قد يكفي لقيام سبب الشفعة بالجوار كما هو الشأن في المباني والأراضي المعدة للبناء، وقد يلزم علاوة على التلاصق شروط أخرى كما هو الشأن في الأراضي غير المعدة للبناء.

(٢) ـ من حيث الأشخاص: تثبت الشفعة للجار المالك:

تنص المادة ٩٣٦/هـ مدني على أن يثبت الحق في الشفعة للجار المالك». وعلى ذلك يشترط لثبوت الشفعة على أساس الجوار أن يكون طالب الشفعة مالكاً للعقار الملاصق الذي يشفع به. ويستوي أن يكون مالكاً ملكية مفرزة أو مالكاً مع غيره على الشيوع[١]، كما يستوي أن يكون مالكاً ملكية تامة أو مالكاً للرقبة فقط. وعلى ذلك فليس لصاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى أو حق الحكر أن يطلب الشفعة إذ بيع العقار المجاور للعقار الذي يرد عليه حقه. ويكفي أن يكون الشفيع مالكاً للبناء دون الأرض المقام عليها، حتى تثبت له الشفعة[٢] على نحو ما سنرى فيما بعد.

لكن هل يلزم أن يكون البيع المشفوع فيه وارداً على الملكية؟ بعض الفقهاء يذهب إلى ضرورة ذلك بحيث إذا بيع حق الانتفاع المقرر على العقار فلا تثبت الشفعة لمالك العقار الملاصق[٣].

بينما تذهب محكمة النقض إلى عكس ذلك حيث قضت بأن «النص في المادة ١/٩٨٥ مدني على أن حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو

---

(١) ويستوي أن يطلب الشفعة كل الشركاء على الشيوع أو أن يطلبها أحدهم. ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وأن يبقى مالكاً له لحين الأخذ بالشفعة، وبقاء الجوار ليس شرطاً لبقاء الاستحقاق، فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع سقط حقه فيها. أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة فلا يهم زوال ملكه الذي يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو عن أي طريق آخر». نقض ٢١/ ١٢/ ١٩٤٤ طعن رقم ٩٧ سنة ١٣ ق.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣ ص ٣١٧، حسن كيرة، فقرة ٣١٥ ص ٥٥٥.

(٣) إسماعيل غانم، ص ٧٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٤ ص ٣٧٩.

بالتقادم مفاده أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة في حالة بيعه استقلالاً دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة. ولما كان مفاد نص م ٩٣٦، ٩٣٧ مدني أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة في بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكاً مشتاعاً ولا جاراً مالكاً. وتحقيقاً لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند تزاحمهم له في الشفعة في بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التي يملكها وذلك ما جرى به نص المادة ٩٣٧ مدني على باقي الشفعاء عند تزاحمهم له وفق ما جرى به **هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشفعاء الآخرين مالك الرقبة في بيع حق الانتفاع فتكون الأفضلية للأخير مؤكد بذلك أن الشفعة في حق الانتفاع مقررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر الحكمة في تقرير الشفعة وهي منع المضار، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك يكون قد أصاب في النتيجة التي انتهى إليها**[1].

(ب) حالاتها:

تنص المادة ٩٣٦ مدني على أن «يثبت الحق في الشفعة:

. . . (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية:

١ - إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

٢ - إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣ - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل».

(١) نقض ١٣/١٢/١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض س ٣٠ جـ ٣ ص ٢٦١.

وعلى ذلك يتضح أن المشرع يفرق بين حالتين: الأولى الشفعة في المباني أو الأراضي المعدة للبناء، والثانية في الأراضي غير المبنية وغير المعدة للبناء، ولنر أحكام هاتين الحالتين فيما يلي.

الحالة الأولى: شفعة الجار المالك في المباني والأراضي المعدة للبناء:

يثبت الحق في الشفعة للجار المالك إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم من القرى (م ٩٣٦/ هـ/ ١ مدني).

وينحصر حكم هذه الحالة في المباني والأراضي المعدة للبناء.

ـ ويقصد بالمباني كل مجموع من المواد أياً كان نوعها، خشباً أو حجارة أو حديد اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان. ويجب أن يكون هذا البناء عقاراً بالمعنى القانوني، أي ما كان مستقراً يجيزه ثابتاً فيه لا يمكن نقله بدون تلف حيث أن الشفعة لا تجوز إلا بالنسبة للعقارات. ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا البناء في المدن أو في القرى؛ داخل الكردون أو خارجه. لكن إذا كان البناء خارج الكردون ويقع في أرض واسعة المساحة وغالبها منزرع وأن ما فيها من أبنية قليل الأهمية بالنسبة لمساحة الأرض فإن العبرة في ذلك بالأرض غير المعدة للبناء لا بالبناء(١).

ـ ويقصد بالأراضي المعدة للبناء الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلاد التي يسري عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (الخاص بتقسيم أراضي البناء) إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطيان، فهذه من أراضي البناء بصورة قاطعة. أما إذا لم تكن داخلة في هذا النطاق وكانت خاضعة لضريبة أطيان فإنها تعتبر أرضاً زراعية ولا خلاف على ذلك(٢).

---

(١) انظر نقض ١٩٤٨/٦/١٠ طعن رقم ٤٢ سنة ١٧ ق. المعول عليه أن يكون البناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها، أو تكون أرض فضاء تابعة لبناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها تبعية يجعلها مرفقاً له أو ملحقاً به.

(٢) انظر للمؤلف القانون الزراعي، الملكية الزراعية ـ والإيجار الزراعي، دار المعرفة =

وينحصر الخلاف حول الأراضي الداخلة في المدن والبلاد التي تسري عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وكانت خاضعة لضريبة الأطيان.

في الواقع إن ربط ضريبة الأطيان عمل إداري لا إرادة للأفراد عليه وأنه يرجع إلى طبيعة استغلال الأراض وليس لطبيعة الأرض نفسها وبالتالي فهو لا يغير من طبيعتها. كما أن ربط هذه الضريبة على قطعة أرض لا يقوم في ذاته بحسب المعايير السلمية دليلاً قاطعاً على أنها تعتبر في طبيعتها من الأراضي الزراعية وعلى ذلك فالعبرة بوصف الأرض وتحديد طبيعتها كأرض بناء أو أرض زراعية هي بالحالة التي عليها الأرض وفقاً للظروف والملابسات المحيطة بها وقت انعقاد البيع الذي تولد عنه حق الشفعة[١]. والأصل في اعتبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التي وضعتها الحكومة تحديداً لنطاق المدينة أو القرية في ضوء القوانين المنظمة لذلك وما صدر بشأنها من قرارات تنفيذية[٢].

وقد قضت محكمة النقض حديثاً بأنه «إذا كانت الأرض تدخل في حدود المدينة أو القرية التي تبين المدى الذي يتطلبه التوسع الجغرافي والعمراني بالبناء فهي بحكم هذا الوضع الذي أنشأته الدولة تعتبر من الأراضي المعدة للبناء حتى ولو كانت مستغلة استغلالاً مؤقتاً لغرض آخر، أما إذا كانت تخرج عن تلك الحدود فهي لا تعتبر أرض بناء إلا إذا كانت قد أعدت إعداداً فعلياً لهذا الغرض ولقاضي الموضوع بهذا الصدد السلطة التقديرية للفصل في هذه المسألة بغير معقب متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله، والمعول عليه في أي من هاتين الحالتين هو بحالة الأرض وقت انعقاد البيع الذي تولد عنه حق الشفعة»[٣].

= الجامعية ١٩٩٤ ص ٢٦.

(١) نقض ٢٤/٣/١٩٨٨ الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق.

(٢) نقض ٢٤/٣/١٩٨٨ السابق الإشارة إليه.

(٣) نقض ٢٤/٣/١٩٨٨ السابق الإشارة إليه.

وهذا هو ما يذهب إليه أيضاً الرأي السائد في الفقه[1] ويضيف البعض إلى ذلك أنه لا يكفي الإعداد الفعلي، بل يجب أن يكون ذلك في حدود ما تسمح به القوانين واللوائح[2] وهذه بطبيعة الحال ما يجب أن تأخذه محكمتنا العليا في الاعتبار خاصة في الوقت الحالي الذي تهدف فيه سياسة الدولة إلى المحافظة على الرقعة الزراعية عن طريق حظر ترك الأرض بغير زراعة أو تبويرها عمداً (م ١٥١، ١٥٥ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٥) وحظر إقامة أي مبان أو منشآت في الأراضي الزراعية أو اتخاذ أية إجراءات في شأن تقسيم هذه الأراضي لإقامة مباني عليها (م ١٥٢ من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣) ويعتبر هذا القانون في حكم الأراضي الزراعية، الأراضي البور القابلة للزراعة داخل الرقعة الزراعية[3].

ـ ويشترط في هذه الحالة للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، ولو كان هذا التلاصق بشبر واحد على النحو السابق بيانه. وعلى ذلك فلا توجد شروط أخرى سوى هذا التلاصق، فلم يشترط المشرع أي شروط أخرى تتعلق بحجم العقار المشفوع به أو بقيمته أو بارتباطه بالعقار المشفوع فيه بحق ارتفاق أو بتعدد مواضع الالتصاق معه أو غير ذلك من شروط على النحو الذي سوف نراه في الحالة الثانية.

وعلى ذلك فإذا كان العقار المبيع أرضاً عليها بناء، فيكفي أن يكون ملك

---

(١) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٦، شفيق شحاتة، فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١، محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠، منصور مصطفى منصور، فقرة ٣٣ ص ٣١٧، ٣١٨، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣٩٧ ص ٤٣٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٥ ص ٣٦٢، السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٤ ص ٥٦٢ ـ ٥٦٣.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٣١٧ ص ٥٥٦.

(٣) انظر مؤلفنا في القانون الزراعي السابق الإشارة إليه ص ٢٤٩ وما بعدها، وص ٢٥٥ وما بعدها.

الشفيع ملاصقاً للأرض ولو لم يلاصق البناء. وإذا كان العقار المبيع أرضاً فضاء فتكفي الملاصقة أيضاً لملك الشفيع أياً كان. أما إذا كان العقار المشفوع به بناء دون الأرض المقام عليها فيشترط للأخذ بالشفعة ملاصقة هذا البناء للعقار المبيع المشفوع فيه أرضاً كان أم بناء[1]. والصورة المألوفة لتملك البناء دون الأرض تكون في حالة إذا ما أقام المنتفع أو المستحكر بناءً على الأرض التي يرد عليها حقه وتملكه. فيكون له أن يشفع بملكيته للبناء لا بحقه في الانتفاع أو في الحكر، لأن الشفعة بسبب الجوار مقصورة على الجار المالك على النحو السابق بيانه[2].

وبناءً على ذلك رفضت محكمة النقض أن تعطي المستأجر الذي يقيم بناءً في الأرض المؤجرة ويتملكه حق الشفعة. كما رفضت أن تقاس حالة المحتكر على حالة المستأجر الذي يقيم بناءً على الأرض التي استأجرها «لأن للمحتكر حق عيني تتحمله العين في يد كل حائز لها، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر ما دام قائماً بدفع أجر المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكاً أبدياً بدوام دفعه أجرة المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لا يخوله إلا حقاً شخصياً قبل المؤجر ولا يعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له

(١) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢٢٤، ص ٢١٣، ٢١٤، السنهوري، جـ ٩، فقرة ١٨٥ ص ٥٦٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٥ ص ٣٦٣، حسن كيرة، فقرة ٣١٧، ص ٥٥٦، جمال الدين زكي، فقرة ٢٣٩ ص ٤٣٨.

(٢) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢٢٦ ص ٢١٨، ٢١٩، حسن كيرة، فقرة ٣١٧ ص ٥٥٦ ويرى البعض أنه في هذه الحالة يجوز للشفيع أن يشفع بالبناء الذي يملكه دون الأرض، وله أيضاً أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له في الأرض وهو حق عيني في عقار فيكون عقاراً متميزاً عن رقبة الأرض. وهو في الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معاً، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له في الأرض، فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض فيكفي أن تكون الأرض دون البناء هي الملاصقة للعقار المشفوع فيه السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٥ ص ٥٦٥ هامش ٣ ونرى أن في ذلك توسع ليس له ما يبرره وخاصة وأن الشفعة وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع في تفسيرها.

حق الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للبناء»[١] وأكدت ذلك بعبارة واضحة في حكم حديث بقولها أن: «حق المستأجر على المباني التي أنشأها على العين المؤجرة لا يعدو أن يكون حقاً مصيره الحتمي إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حقاً بوصفها مالاً ثابتاً إلا لفترة محددة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جاراً مالكاً»[٢].

كما أنه طبقاً للاتجاه الحديث لمحكمة النقض لم يعد للمشتري الذي يقيم بناءً في الأرض التي اشتراها قبل تسجيلها حق طلب الشفعة. حيث قررت المحكمة «... أن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل عقد البيع لأن عقد البيع غير المسجل وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازة المبيع والانتفاع به إلا أن هذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بالتسجيل...»[٣].

ويلاحظ أن الشفعة بالجوار تتحقق غالباً بالتلاصق الأفقي سواءً في الأرض المعدة للبناء أو المباني، لكن بالنسبة للمباني يمكن أن يتحقق التلاصق الرأسي كما في ملكية الطبقات والشقق فيكون التلاصق بين كل طبقة أو شقة وما فوقها أو ما تحتها. وتثبت الشفعة في هذه الحالة بسبب الجوار لا بسبب الاشتراك في الشيوع في ملكية الأشياء المشتركة في الدار[٤] وعلى ذلك فإنه لا تجوز الشفعة

---

(١) نقض ٣/ ٢/ ١٩٥٥ طعن رقم ١٠ سنة ٢٢ ق.

(٢) نقض ٢٧/ ١٠/ ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٠٩٧.

(٣) نقض ١٩/٦/١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٠٠٢، ٢٤/ ١/ ١٩٧٩، س ٣٠ جـ ١ ص ٣٥٧، ٢٤/ ٤/ ١٩٨٠ س ٣١ ص ١٢٠١، ٢٨/ ١/ ١٩٨١، س ٣٢ ص ٣٦٧، ٢٥/ ٢/ ١٩٨١ س ٣٢ ص ٦٣١، ١٦/ ٤/ ١٩٨٦ الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ ق.

(٤) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣١٧ ص ٥٥٨.

بالجوار في بيع طبقة أو شقة لمالك طبقة أو شقة أخرى من الدار غير ملاصقة للطبقة أو الشقة المبيعة رغم اشتراكه في الشيوع في ملكية الأشياء المشتركة من الدار[1].

- ويشترط لتحقق التلاصق على الوجه المتقدم ألا يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع. وعلى ذلك إذا فصل بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام انتفى التلاصق الذي يجيز الشفعة.. لكن إذا كان هذا الفاصل مملوكاً للشفيع أو مملوكاً للبائع أو مشتركاً بينهما فإن هذا التلاصق يتحقق. وعلى العكس من ذلك إذا كان هذا الفاصل قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن هذا التلاصق ينتفي تماماً. على أنه إذا كانت قطعة الأرض الفاصلة بين العقارين قد اقتطعها البائع من الأرض المبيعة ليحتفظ بملكيتها ولا يدخلها في البيع وذلك على سبيل التحايل لمنع الشفعة فإنه يرد عليه سوء قصده ويعطي للشفيع الحق في إثبات هذا التحايل بكافة طرق الإثبات، فإذا أفلح في ذلك فإنه يحق له الأخذ بالشفعة[2].

الحالة الثانية: الأراضي غير المبنية وغير المعدة للبناء:

وتشمل هذه الحالة الأراضي الزراعية والصحراوية خارج حدود المدن والقرى. وهذه الحالة تشمل صورتين لم يكتف المشرع فيهما بمجرد التلاصق كما هو الحال في الحالة السابقة وإنما تشدد وتتطلب شروطاً إضافية أخرى. ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

---

(١) نفس المرجع، وانظر عكس ذلك، محمد علي عرفة، المرجع السابق، جـ ٢، فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٨٥ ص ٥٦٩، عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨٣ ـ ٨٥، وهذا الرأي يتوسع في الشفعة دون مبرر خاص وأن الشفعة قد وردت على خلاف الأصل والقياس فلا يجوز التوسع في تفسيرها.

(٢) انظر نقض ١٩٤٥/٥/١٧ مجموعة الخمسة وعشرين عاماً جـ ١ ص ٧٣٩ رقم ١٩٦، ١٩٧. وانظر أيضاً نقض ١٩٥٣/٣/٢٦ نفس المجموعة.

الصورة الأولى: التلاصق مع الارتفاق.

في هذه الصورة أضاف المشرع فيها إلى شرط التلاصق ولو من حد واحد، وهو الذي يتحقق معه الجوار، أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الشفيع، أو يكون لأرض الشفيع حق ارتفاق على الأرض المبيعة. ولا يحول دون ثبوت الشفعة أن يكون الارتفاق في كلتا الحالتين مقرراً في الوقت نفسه لمصلحة أراض أخرى[١]. ويقصد بالارتفاق هنا حق الارتفاق بالمعنى الدقيق، وبالتالي لا ينصرف إلى القيود القانونية الواردة على الملكية[٢].

والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الصورة أن حق الارتفاق الذي يشكل عبئاً ثقيلاً على الملكية يزول بجمع الأرضين اللتين يربط بينهما حق الارتفاق في يد واحدة. ولذلك فإن انقضاء حق الارتفاق لأي سبب من الأسباب من شأنه أن يحول دون الأخذ بالشفعة فمثلاً إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة المشفوع فيها فإنه لم يعد هناك مبرر للشفيع في الأخذ بالشفعة ولكن بشرط أن يكون هذا النزول قد تم شهرة[٣] وأن يكون هذا النزول قد تم قبل إعلان الرغبة[٤].

الصورة الثانية: إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين

---

(١) انظر نقض ٢١/١٢/١٩٤٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الخمسة والعشرين عاماً جـ ١ ص ٧٠٧.

(٢) انظر حسن كيرة، فقرة ٣١٩ ص ٥٦٠ انظر عكس ذلك السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٦ ص ٥٧٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٦ ص ٣٦٥.

(٣) نقض ١٧/١١/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض س٦ رقم٢٠٤ ص١٥٠١، ٢٨/٥/١٩٨٠ نفس المجموعة س ٣١ رقم ٢٨٩ ص ١٥٤٥.

(٤) السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٦ ص ٥٧٥، حسن كيرة، فقرة ٣١٩ ص ٥٦١ بعض الفقهاء يرى أن النزول يرتب أثره حتى ولو تم قبل رفع دعوى الشفعة، محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩، محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ والبعض الآخر يرى أن هذا النزول يرتب أثره إذا تم قبل الحكم بالشفعة عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٣٧ ص ٣٦٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٣ ص ٣١٩.

ولا تقل قيمتها عن قدر معين لم يكتف المشرع هنا بمجرد التلاصق وإنما اشترط أن يكون هذا التلاصق من جهتين علاوة على أن تكون قيمة أرض الشفيع مساوية لنصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل وذلك ليتأكد من وجود صلة قوية للشفيع بالأرض المبيعة. ولنر بشيء من التفصيل هذين الشرطين:

الشرط الأول: ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين:

ويقصد بذلك أن تكون أرض الشفيع ملاصقة للأرض المبيعة من حدين مختلفين عن الحدود الأربع، الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب. ويستوي أن تكون الملاصقة في حدين متجاورين كالشمال والشرق، والمغرب والجنوب، أو غير متجاورين، كالشرق والغرب، والشمال والجنوب.. وتكفي الملاصقة في كل من الحدين في نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد. ولكن لا يكفي التلاصق في نقطتين من حد واحد. كما يجب أن تكون الشفعة بأرض واحدة تتحقق فيها الملاصقة من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة، وبالتالي لا تجوز الشفعة إذا كان التلاصق من جهتين للأرض المبيعة متحقق لقطعتين أرض منفصلتين مملوكتين للشفيع[١].. والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة[٢].

الشرط الثاني: ألا تقل قيمة أرض الشفيع عن نصف ثمن الأرض المبيعة:

والغرض من اشتراط هذا الشرط هو الاستيثاق من جدية الشفيع وعدم اتخاذه الشفعة وسيلة للمضاربة[٣].

---

(١) نقض ٢/ ٣/ ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ رقم ٥١ ص ٢٨٣.

(٢) نقض ٧/ ١٢/ ١٩٤٤ طعن رقم ٣١ سنة ١٤ ق، ٢٢/ ١٠/ ١٩٥٣ طعن رقم ١٥٨ سنة ٢١ ق. مجموعة أحكام النقض جـ ١ ص ٧٠٦ رقم ٦.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣٢٠، ص ٥٦٢، وتتحقق هذه المضاربة عن طريق شراء قطع صغيرة من الأرض وسط أراض واسعة ثم الانتظار حتى إذا ما أقدم بعض الملاك على بيع أراضي مجاورة لأرضهم الصغيرة فيهددون هؤلاء الملاك بأخذ الأرض المبيعة بالشفعة ويأخذون في المساومة مقابل نزولهم عن حق الشفعة مقابل مبلغ من المال. انظر السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٨٧ ص ٥٧٨.

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذي يشفع فيه بصرف النظر عن الثمن الذي كان هذا الشفيع قد اشتراها به. أما بالنسبة للأرض المبيعة فالعبرة بالثمن الذي بيعت به، لا بقيمتها؛ ولا عبرة لمساحة كل من الأرضين.

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكه على الشيوع لعدة شركاء وطلبوا جميعاً الشفعة فإن العبرة بقيمة الأرض كلها. أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء في الشيوع فقط، فتكون العبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها.

في القانون اللبناني:

- الحالات التي تثبت فيها الشفعة على أساس الجوار قبل القانون ٤٦١/١٩٩٥:

تنص المادة ٢٣٩ ملكية عقارية قبل تعديلها على أن «يثبت الحق في الشفعة: ٥ - للجار الملاصق المالك إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع أو كان لعقاره اشتراك في ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو في حق الشرب الخاص».

هذا النص، على خلاف القانون المصري، لم يفرق بين المباني والأراضي المعدة للبناء، والأراضي غير المبنية وغير المعدة للبناء. كما أن هذا النص حصر الحق في شفعة الجوار في حالتين فقط ولاعتبارات معينة لا تبنى على مجرد التلاصق فحسب، ولا على النظر إلى قيمة عقار الشفيع بالنسبة إلى ثمن العقار المبيع. ولنر كل من الحالتين بشيء من التفصيل:

الحالة الأولى: التلاصق مع الارتفاق.

وتثبت الشفعة في هذه الحالة إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على العقار المشفوع به أو كان لهذا الأخير حق ارتفاق على العقار المبيع. فالشفعة هنا نجد مبررها في التلاصق علاوة على ما يربط بين عقار الجار والعقار المبيع من حق ارتفاق. وقد قرر المشرع الشفعة في هذه الحالة لنفس الحكمة التي ارتآها المشرع المصري على النحو السابق بيانه. كما ينطبق على هذه الحالة ما سبق أن

درسناه من أحكام بصدد القانون المصري.

وقد أيدت محكمة التمييز الرأي الذي يقصر الشفعة في هذه الحالة على حق الارتفاق بالمعنى الدقيق دون القيود القانونية[١]. كما تطلب القضاء اللبناني[٢] في نزول المشتري عن حق الارتفاق الذي يترتب عليه سقوط الحق في الشفعة أن يكون قد تم قبل أن يتقدم الشفيع بطلبه، أي قبل رفع الدعوى.

الحالة الثانية: إذا كان عقار الجار مشترك مع العقار المبيع في ملكية طريق خاص أو حائط أو حق شرب خاص.

والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة أيضاً هو القضاء على الشيوع الإجباري في هذه الحقوق وذلك عن طريق انفراد أحد الملاك بها[٣]. وبالتالي القضاء عما ينجم عن هذا الاشتراك من مشاكل.

وقد ألغى القانون رقم ٤٦١/ ١٩٩٥ الفقرة الخامسة الخاصة بشفعة الجار المالك ونصت الفقرة الأخيرة من المادة الأولى في هذا القانون على أن «يسقط كل حق آخر بالشفعة نشأ قبل نفاذ هذا القانون ولم يستعمل بعد».

ثانياً: تزاحم الشفعاء:

تنص المادة ٩٣٧ مدني مصري على أنه «١ ـ إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة».

«٢ ـ وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة

---

(١) محكمة التمييز المدنية الثانية قرار رقم ١٢ في ٢٧/ ١/ ١٩٧٠ مجموعة حاتم جـ ١٠٠ ص ٣٣ ـ ٣٥، وأيضاً القرار رقم ٣٤ في ٧/ ٥/ ١٩٦٢ نفس المجموعة جـ ٤٩ ص ٧١ ـ ٧٢.

(٢) محكمة التمييز المدنية قرار رقم ١٥ في ٣٠/ ١/ ١٩٦٠ مجموعة حاتم جـ ٤٠ ص ٤٢ و ٤٣، محكمة استئناف جبل لبنان المدينة الأولى قرار رقم ٢٥٤ في ١٣/ ١٠/ ١٩٧٢. نفس المجموعة جـ ١٤٣ ص ٢٥، ١٢/ ١٠/ ١٩٧٢ ص ٢٦.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٣.

يكون على قدر نصيبه».

«٣ ـ فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين من طبقة أعلى».

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٤٠ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٩٥/٤٦١ على أنه «إذا تزاحم الشفعاء من فئات مختلفة يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة».

«وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة في الأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة السابقة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه. وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقون هذا الحق على قدر نصيبهم أيضاً. وإذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة، قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وفي حال اختلاف مالكي طوابق البناء المتعددة قدم مالك الطابق الأرضي».

وقد أصبح نص المادة ٢٤٠ بعد تعديلها بالمادة الثانية من القانون رقم ١٩٩٥/٤٦١ يجري على النحو التالي:

«إذا تزاحم الشفعاء من فئات مختلفة يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة ٢٣٩ السابقة (بعد تعديلها أيضاً)».

«وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة يكون حق كل منهم على قدر نصيبه، وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقون هذا الحق وعلى قدر نصيبهم».

كما أن المادة ٣ من القانون رقم ١٩٩٥/٤٦١ قد ألغيت نص المادة ٢٤١ والذي كان يجري على النحو التالي:

«إذا توافرت في المشتري الشروط الواردة في المادة ٢٣٩، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئته أو من فئة أدنى».

وعلى ضوء هذه النصوص نجد أن التزاحم بين الشفعاء قد يأخذ صورة من ثلاث صور: ١ ـ التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة ٢ ـ التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة. ٣ ـ التزاحم بين شفعاء يكون المشتري واحد منهم. ولنعرض لهذه الصور بشيء من التفصيل.

الصورة الأولى: التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة:

المبدأ: تنص عليه المادة ١/٩٣٧ مدني مصري يقولها: «إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة ٩٣٦ مدني» وقد درسنا الشفعاء وفق هذا الترتيب أيضاً. وقد رتبت المادة ٩٣٦ مدني الشفعاء طبقات خمس على الوجه الآتي: ١ ـ مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع الملابس لها. ٢ ـ الشريك في الشيوع في الملكية أو غيرها إذا بيعت حصة شائعة في العقار. ٣ ـ صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة الملابسة. ٤ ـ مالك الرقبة عندما يشفع في حق الحكر أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في الرقبة. ٥ ـ الجار المالك عندما يشفع في العقار المجاور سواء كانت ملكية تامة أو ملكية رقبة.

وعلى ذلك إذا كان حق الانتفاع شائعاً وباع أحد الشركاء حصة لأجنبي فإن التزاحم مقصور بين مالك الرقبة والشريك المشتاع فيه والجار الملاصق للعقار المقرر عليه حق الانتفاع. فتطبيق المبدأ السابق يسفر عن تفضيل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الأولى من هؤلاء الشفعاء، ثم يليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع وأخيراً الجار وإذا كانت ملكية الرقبة شائعة وباع أحد الشركاء حصة لأجنبي وطلب الشفعة شريك آخر وصاحب حق الانتفاع فضل الشريك. وإذا كانت الملكية التامة شائعة وباع أحد الشركاء حصته وطلب الشفعة شريك آخر وجار فضل الشريك. . وهكذا.

في القانون اللبناني:

المبدأ: إذا تزاحم الشفعاء من فئات مختلفة يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة ٢٣٩ (بعد تعديلها) (المادة ٢٤٠

ملكية عقارية بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٦١/ ١٩٩٥) وتنص المادة ٢٣٩ ملكية عقارية بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٦١/ ١٩٩٥ على أن «يثبت الحق في الشفعة:

١ ـ لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه.

٢ ـ للشريك في الشيوع، إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار الشائع من غير الشركاء في الشيوع.

٣ ـ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها.

يسقط كل حق آخر بالشفعة نشأ قبل نفاذ هذا القانون ولم يستعمل بعد».

وعلى ذلك فإنه إذا تزاحم شفعاء من طبقات مختلفة فضل من في طبقة سابقة وفقاً لهذا الترتيب على النحو السابق بيانه بصدد القانون المصري.

الصورة الثانية: التزاحم بين الشفعاء من طبقة واحدة.

المبدأ: «إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه» (م ٩٣٧/ ٢ مدني مصري).

تطبيق هذا المبدأ على الطبقات الأربع الأولى لا يثير أدنى صعوبة إذ يستحق كل منهم قدراً من العقار المشفوع فيه يوازي نصيبه مع مراعاة أنه في حالة انفراد كل شفيع بطلب الشفعة لنفسه مستقلاً عن غيره من الشفعاء فإنه يجب أن يطلب الأخذ بالشفعة في كامل العقار المبيع طبقاً لما تقضي به قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة[1]. أما في حالة اشتراك الشفعاء المتعددين في طلب الشفعة

---

(١) وقد أوضحت محكمة النقض ذلك بجلاء بقولها أن «من حق المشتري للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة، ولازم ذلك أن يشتمل طلب الشفعة على العين برمتها ولا يقتصر على جزء منها، وإذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة وكانت هي الطبقة الأعلى التي يحق لها الأخذ بالشفعة، فإنه يجدر بكل شفيع منهم أن يطلب الشفعة في كل العين المشفوع فيها درءً لاحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون بعضهم الآخر أو ألا يطلبها أحد غيره أو يسقط حق أحدهم فيها لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة فتتفرق الصفقة على المشتري، وبذلك تكون الدعوى غير مقبولة» نقض ١٩٨٢/٣/٤ طعن ٢ ١٣٦ س ٤٨ ق لم ينشر بعد ومشار إليه في عزت حنورة، المرجع =

معاً بإجراءات واحدة فإنه لا يلزم أن يطلب كل شفيع منهم العقار المبيع كله طالما أنهم أعلنوا رغبتهم في أخذ العقار المبيع كله بالشفعة، إذ لا يكون هناك ثمة تبعيض للصفقة على المشتري أو تجزئة للشفعة. ولا يغير من ذلك أن يرد في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو في صحيفة الدعوى ما يشير إلى اقتسام طالبي الشفعة للعقار المبيع على نحو معين لأن ذلك من شأنهم ولا أثر له على حقوق المشتري[1].

ـ التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم:

وضع المشكلة:

إن المادة ٩٣٧/ ٢ مدني تنص على أنه «إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه» هذه العبارة الأخيرة تدل على أن التزاحم بين الشفعاء يكون في عقار واحد، وهذا لا ينطبق بطبيعة الحال إلا على الطبقات الأربع الأولى، أما التزاحم بين الجيران سيكون في عدة عقارات حيث كل منهم يشفع بعقار مستقل عن عقار الآخر وبالتالي يصعب عملاً تقدير نصيب كل منهم بالنسبة للآخر.

ولذلك ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن نص المادة ٩٣٧/ ٢ مدني مصري لا ينطبق في حالة التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم وبالتالي يجب البحث عن حل لهذا التزاحم[2] ثم اختلف هؤلاء فيما بينهم على الحل

= السابق، فقرة ١٣٣ ص ٢٠٨.

(١) نقض ١١/٦/ ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٢٠١ وانظر في تفصيل أكثر عزت حنورة، المرجع السابق، فقرة ١٣٣ ص ٢٠٨، ٢٠٩ السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٩٧ ص ٦٠٣، ٦٠٤.

(٢) انظر في ذلك، محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٣٧، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٧٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٧ ص ٣٢٧، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٨ ص ٣٨٣، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٢٧ ص ٣٧٣، ٣٧٤، السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٩٨ ص ٦٠٦. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في الأموال فقرة ٢٦٣ ص ٣٦٩.

الواجب الاتباع في هذه الحالة فذهب البعض إلى الأخذ بالحكم الوارد في قانون الشفعة السابق والذي كان يقضي بأن الشفعة، في حالة تزاحم الجيران، تكون لمن تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره (م ٧)[١] وذهب البعض الآخر إلى وجوب معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة، ويكون ذلك بتقسيم المبيع بينهم بالتساوي[٢] وذهب بعض ثالث إلى وجوب الوصول إلى حكم لهذه الحالة عن طريق القياس إلى أقرب الحالات إليه وهي حالة التزاحم بين الشفعاء الآخرين المنصوص عليها في المادة ٩٣٧/ ٢ مدني ويؤدي هذا القياس أنه إذا تزاحم الجيران وجب أن يتوزع العقار المشفوع فيه عليهم بنسبة قيمة ما يشفع به كل منهم[٣].

في الواقع نحن نرى أن صيغة النص قد وردت من العموم بمكان بحيث تنتظم أيضاً حالة التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم. ولا يقدح في ذلك تضمين المشروع التمهيدي للقانون الحالي نفس الحكم الوارد في المادة السابعة من قانون الشفعة السابق طالما لم يرد ذات الحكم في صلب التقنين نفسه[٤]. وبالتالي إذا كان الجيران المتزاحمون يشفعون بعقار واحد يملكونه على الشيوع فيما بينهم فإنه ليس هناك ثمة صعوبة إذ يستحق كل منهم في الشفعة بقدر نصيبه من الشيوع[٥] أما إذا تعددت العقارات بحيث يكون كل جار يشفع

---

(١) وقد اختلف هؤلاء الفقهاء فيما بينهم في تعليل هذا الرأي، فمنهم من استند إلى العرف، إسماعيل غانم جـ ٢ ص ٧٤، بينما يرده البعض الآخر إلى العدالة، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٤٨ ص ٣٨٤، ويرده بعض ثالث إلى العرف والعدالة، السنهوري، جـ ٩، فقرة ١٩٨، ص ٦٠٦.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٧، ص ٣٢٩، لبيب شنب، فقرة ٩٤، ص ٩٣، عزت حنورة، فقرة ١٣٥ ص ٢١٥ بالرغم من أنه يرى أن المادة ٩٣٧/ ٢ مدني تنظم التزاحم بين شفعاء الجوار.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ٢٦٣ ص ٣٦٩.

(٤) محمد كامل مرسي، جـ ٣ هامش ١ ص ٣٦٩، شفيق شحاتة، هامش ١ ص ٢٦٦، حسن كيرة، فقرة ٣٢٣ ص ٥٧٠، عزت حنورة، فقرة ١٣٥ ص ٢١٤.

(٥) حسن كيرة، فقرة ٣٢٣ ص ٥٧٠، ٥٧١، عزت حنورة، فقرة ١٣٥ ص ٢١٥.

بعقار مستقل فإن تحديد نصيب كل منهم في العقار المشفوع فيه يتم على أساس نسبة قيمة ما يشفع به كل منهم[١].

وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها[٢] إلى عدم اشتمال نص المادة ٢/٩٣٧ مدني لحكم نفض التزاحم بين الشفعاء من الجيران عند تعددهم وذهب إلى وجوب الرجوع إلى القاعدة التي تضمنها قانون الشفعة السابق باعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل والتي تفضل الجار الذي تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره من الجيران، وذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، كما أنه الحكم العادل عند سكوت النص[٣].

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢/٢٤٠ ملكية عقارية قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٩٥/٤٦١ على نفس الحكم الوارد في القانون المصري بالنسبة للأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة ٢٣٩ ملكية عقارية قبل تعديلها بنفس القانون وفي نهاية المادة ٢٤٠ نصت على أنه إذا تزاحم الشفعة من الفئة الخامسة (الجيران) قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره[٤].

في عام ١٩٩٥ قد عدل نص المادة ٢٣٩ ملكية عقارية وأثبت حق الشفعة فقط لكل من مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس، وللشريك في الشيوع إذا

---

(١) حسن كيرة، فقرة ٣٢٣ ص ٥٧١ بينما يذهب البعض إلى وجوب الأخذ بالمساواة الكاملة بين الجيران حسب الرؤوس في هذه الحالة، عزت حنورة، فقرة ١٣٥ ص ٢١٥.

(٢)

(٣) نقض ١٩٩١/٥/٢٨ مجلة القضاة ص ٢٥، ع ١، ١٩٩٢ ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥ مشار إليه في حسن كيرة، فقرة ٣٢٣ ص ٥٦٨ هامش ١ وانظر في انتقاد هذا التعليل نفس المؤلف هامش ٢ ص ٥٦٩، وانظر أيضاً انتقاد هذا التعليل منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٧ ص ٣٢٨، عزت حنورة، فقرة ١٣٥ ص ٢١٢ وما بعدها.

(٤) انظر محكمة التمييز المدنية قرار رقم ١٢ في ١٩٧٠/٧/١٠ مجموعة حاتم جـ ١١٠ ص ٤٥، ٤٦ حيث قضت بأن «القرار المطعون فيه خالف القانون لأنه استند إلى نسبة التملك عند الفريقين، لإعطاء أحدهما أفضلية الشفعة على الآخر، دون بحثه المنفعة».

بيعت حصة أو أكثر من العقار الشائع الأجنبي، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابسة. ولم يعد للجار حق طلب الشفعة. وقد فض التزاحم بين الشفعاء من فئة واحدة على أساس قدر نصيب كل منهم[١].

الصورة الثالثة: التزاحم بين شفعاء يكون المشتري واحد منهم.

تنص المادة ٣/٩٣٧ مدني على ما يلي: «فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى».

الفرض الذي يواجهه هذا النص: أن المشتري قد توافرت فيه هو نفسه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء بالنسبة للعقار الذي اشتراه ويتقدم شفيع أو أكثر يطلب الأخذ بالشفعة من المشتري. في هذه الحالة إذا كان من تقدم للأخذ من الشفعة أعلى منه طبقة فإن هذا الشفيع يفضل المشتري، أما إذا كان أدنى منه طبقة أو من طبقته فإن المشتري يفضل عنهم.

ويلاحظ أن هذا الحكم تمليه اعتبارات العدالة لأن المشتري إذا لم يتقدم للشراء كان له الحق الأخذ بالشفعة بصفته شفيعاً وقت الشراء ولذلك فإن العدالة تقتضي ألا يكون في مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حيث يستطيع باقي الشفعاء، الذي من طبقته أو من طبقة أدنى، أخذ العقار منه بالشفعة. ومن أجل ذلك قرر المشرع هذا الحكم بالرغم من أن هذا الفرض لا يثير فكرة التزاحم بين الشفعاء بالمعنى الفني[٢]. ولذلك يكفي لقيام هذا الحكم توافر علته وقت الشراء، بمعنى أنه يكفي أن يتوافر في المشتري شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء ليتعلق

---

(١) انظر قانون رقم ٤٦١ بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالشفعة، الجريدة الرسمية العدد ٣٦ في ١٩٩٥/٩/٧.

(٢) انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤١ ص ٣٣٧ هامش ٢، وقارن السنهوري، جـ ٤ فقرة ١٩٩ ص ٦١٠ حيث يرى أن تقريب هذه الحالة من حالات تزاحم الشفعاء مستساغ من الناحية العملية على الأقل.

به الحكم ولا يلزم استمرارها بعد ذلك كما هو الشأن في التزاحم بين الشفعاء.

وعلى ذلك إذا توافر للمشتري سبب من أسباب الشفعة وزاحمه شفعاء آخرون، فإن النص يفرق بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: الذي يزاحم المشتري شفيع أو شفعاء آخرون أدنى منه طبقة، يفضل المشتري على هؤلاء الشفعاء لكونهم أدنى منه طبقة وفقاً للترتيب المنصوص عليه في المادتين السابقتين. مثال ذلك أن يشتري مالك الرقبة حصة أحد الشريكين على الشيوع في حق الانتفاع فإذا تقدم للأخذ بالشفعة الشريك الآخر في حق الانتفاع، أو تقدم الجار للأخذ بها، فإن مالك الرقبة يفضل بصفته كمشتري توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت الشراء لأنه لو كان المشتري شخصاً آخر غير مالك الرقبة، لكان مالك الرقبة نفسه شفيعاً من الطبقة الأولى من الشفعاء وكان يستطيع أن يأخذ نفس هذه الحصة بالشفعة لو زاحمه في ذلك الشريك المشتاع في حق الانتفاع أو الجار ولذلك بقي له نفس هذا الحق عند شرائه لهذه الحصة لأن العدالة تقتضي ذلك.

الفرض الثاني: الذي يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقته، وواضح أن المشرع قد انحاز للمشتري في هذا الفرض بالرغم من أنه في مركز واحد مع باقي الشفعاء، ويبدو لنا أن المشرع قدر أنه قد توافر لديه صفتان في نفس الوقت، صفته كمشتري وصفته كشفيع[1] مثال ذلك أن اشترى أحد الشركاء على الشيوع في ملكية الرقبة حق الانتفاع الملابس لنصيبه وطلب الشركاء الآخرون في الرقبة الشفعة في هذا الحق، فضل عنهم الشريك المشتري. أو إذا باع شريك في الشيوع حصته الشائعة في العقار إلى أحد الجيران، فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون، فضل الجار المشتري.

الفرض الثالث: الذي يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقة أعلى، تقدم عليه هؤلاء الشفعاء، منال ذلك إذا باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته

---

(١) وهذا حكم جديد أخذ به القانون المدني الحالي على خلاف ما كان مستقراً عليه في الفقه والقضاء انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٤ فقرة ٢٠٠ ص ٩١٢ وما بعدها.

الشائعة إلى شريك آخر، وطلب فيها مالك الرقبة الشفعة، فضل هذا الأخير.

في القانون اللبناني: كانت المادة ٢٤١ ملكية عقارية تنص على هذا الحكم بقولها: «إذا توافرت في المشتري الشروط الواردة في المادة ٢٣٩، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئته أو من فئة أدنى منه».

وقد ألغي هذا الحكم بالمادة ٣ من قانون رقم ٤٦١ الخاص بتعديل بعض أحكام الشفعة والصادر في ٣١ آب ١٩٩٥ والمنشور في الجريدة الرسمية في ١٩٩٥/٩/٧ وهو تاريخ العمل.

المطلب الثاني: شروط الشفعة

تمهيـد وتقسيـم:

لما كانت الشفعة حق استثنائي وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني، هي القاعدة التي تقضي بألا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، كل ذلك كان له انعكاس واضح على شروط الشفعة وعلى الجزاء المترتب على تخلف هذه الشروط.

ولدراسة هذه الشروط يجب أن نبدأ بنقطة البداية في مسلسل الشفعة، وهو التصرف المنشىء لحق الشفعة، أي التصرف المشفوع فيه، وللمال المشفوع فيه، ثم نعرض بعد ذلك للشفيع الذي نشأ له حق الأخذ بالشفعة، وعلى ذلك سنعرض لهذه الشروط على النحو التالي.

أولاً: شروط التصرف المشفوع فيه.

ثانياً: شروط المال المشفوع فيه.

ثالثاً: شروط الشفيع.

ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: شروط التصرف المشفوع فيه

- لا شفعة إلا في البيع:

يتضح من تعريف المشرع للشفعة ومن أحكامها أنها لا تجوز إلا في بيع العقار. كما يجب أن يكون هذا البيع قائماً وقت تمام الشفعة. وعلى ذلك

سنعرض لانحصار نطاق الشفعة في البيع، ثم نبين ضرورة وجود البيع إلى حين تمام الشفعة.

أ ـ انحصار نطاق الشفعة في البيع:

وطالما أن الشفعة قد انحصرت في عقد البيع، لذلك يجب أن نستبعد ما عداه من تصرفات قانونية، وكذلك نستبعد البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة، وأخيراً نبين الشروط الواجب توافرها في هذا البيع.

١ ـ استبعاد ما عداه من تصرفات قانونية:

يجب بادىء ذي بدء أن يقوم القاضي بتكييف التصرف القانوني المعروض أمامه ليتحقق من أنه عقد بيع طبقاً لأحكام القانون المدني؛ أي العقد الذي يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي (م ٤١٨ مدني)[١] وبناءً على ذلك فإن أي تصرف قانوني لا ينطبق عليه هذا التكييف لا يعتبر بيعاً وبالتالي لا يجيز الأخذ بالشفعة. وبطبيعة الحال لا بد أن يكون هذا البيع بيعاً لعقار.

مقتضى ذلك لا تثبت الشفعة في المقايضة، حيث أن الشفعة حكم استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه. كما أن طبيعة المقايضة تأبى الأخذ بالشفعة[٢] لكن إذا كانت المقايضة بمعدل فإن جواز أو عدم جواز الشفعة يتوقف على حسم طبيعة هذا العقد، وهذا يتوقف بدوره على الوزن النسبي لهذا المعدل، فإذا كان هو العنصر الغالب كان العقد بيعاً، وبالتالي تجوز فيه الشفعة، إن لم يكن كذلك كان العقد مقايضة وامتنعت الشفعة.

ولا تثبت الشفعة في التصرفات الناقلة طالما لم يثبت لها صفة عقد البيع، كالوفاء بمقابل، إذا قبل الدائن في استيفاء حقه عقاراً استعاض به عن الشيء المستحق له. حيث أن هذا التصرف وإن كان يشبه البيع إلا أنه ليس بيعاً لتخلف

---

(١) انظر مؤلفنا في العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٩٧ ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٨ ص ٣٢٩.

الثمن، كما أنه تصرف منهي للالتزام. وكذلك تقديم عقار حصة في شركة.

ولا تثبت الشفعة، من باب أولى في التصرفات الكاشفة، كالقسمة[1] والصلح حتى ولو تم أي من العقدين بمعدل نقدي كما لا تثبت في التصرفات التبرعية، سواء كانت مضافة إلى ما بعد الموت، كالوصية، أم كانت منجزة كالهبة حتى ولو كانت بعوض وكان العوض مبلغاً من النقود، ما لم يتبين أن العوض يساوي قيمة العقار أو يكاد يساويها فيكون العقد في حقيقته بيع ولو أنه سمي هبة.

في القانون اللبناني: تنص المادة ١/٢٤٤ ملكية عقارية على أنه «لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشتري وبوجه الموهوب له بعوض. وفي الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضاً لأسباب البطلان والإبطال والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها».

وجواز الشفعة في الهبة بعوض محل نظر. لأن المشرع اللبناني قد أخذ به متأثراً بأحكام الفقه الإسلامي دون اعتبار لتعارضه مع مبادىء القانون المدني. وعلى أية حال فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة بعوض إلا إذا كان هذا العوض يقارب قيمة الشيء الموهوب أو يساويها وفي هذه الحالة يكون العقد بيعاً لا هبة. وإذا كان هناك تفاوت يعتد به بين العوض وقيمة الشيء الموهوب فإنه لا تجوز الشفعة في هذه الحالة لقيام العقد على اعتبار شخصي ملحوظ تم مراعاته في شخص الموهوب له مما لا يجيز حلول الشفيع محله ولو بقيمة العقار كله. وبالتالي لا تعتبر الهبة في حكم البيع بالمعنى المقصود في الفقه الإسلامي وبالتالي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة. علاوة على ذلك جميع نصوص الشفعة في القانون اللبناني، فيما عدا النص السابق، تتكلم عن البيع، وعن

---

(١) نقض ١٩٦٩/١١/٦ مجموعة أحكام النقض، س ٢٠ ص ١١٦٤، حيث قضة المحكمة بأنه «إذا كان ما انتهى إليه الحكم من تكييف للمحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة، هو تكييف صحيح تؤدي إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على عدم أحقية الشريك المتقاسم من الأخذ بالشفعة، فإنه لا يكون قد خالف القانون».

البائع والمشتري دون أي ذكر للهبة بعوض. كما أن هذا النص ليس له أي صدى في التطبيق العملي[1].

٢ ـ استبعاد البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة:

إذا كان نطاق الشفعة منحصراً في البيع على النحو السابق بيانه، إلا أن هناك بيوع لا تجوز الشفعة فيها استثناءً، لذلك ينبغي أن نعرض لهذه البيوع حتى يتحدد لنا بوضوح نطاق الشفعة.

تنص المادة ١/٩٣٩ مدني على أنه «لا يجوز الأخذ بالشفعة:

(أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(جـ) إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة».

يضاف إلى ذلك أن هناك تشريعات خاصة نصت على عدم جواز الشفعة في بيوع معينة. ولنعرض لذلك بشيء من التفصيل:

(أولاً) لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد وفقاً لإجراءات رسمها القانون: والعلة من هذا الاستثناء هي أن مثل هذه البيوع تسمح للشفيع وغيره أن يدخل في المزاد. علاوة على أن هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن، لذلك فإن منع الشفعة في مثل هذه البيوع يهيء هذه الفرصة ويجعل كل من يرغب في العقار التقدم للمزايدة[2] ويشترط لمنع الشفعة في هذه البيوع شرطان: ١ ـ أن يتم البيع بطريق المزاد العلني، فإذا لم يتم البيع على هذا النحو فإنه يجوز فيه الشفعة، كالبيع بطريق المظاريف المغلفة[3]. ٢ ـ وأن يتم البيع بطريق المزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٥، ٤٠٦.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٠ ص ٣٢٤، السنهوري، فقرة ١٧٤ ص ٥٣٣.

(٣) نقض ١٩٤٧/١١/٢٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠.

القانون. ويستوي أن تكون هذه الإجراءات هي الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات أو في أي قانون آخر. فإذا لم يتم البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون فإنه يجوز فيه الشفعة.

فإذا توافر في البيع هذان الشرطان فإنه يستوي بعد ذلك في أن يكون البيع جبرياً أو اختيارياً، تم أمام القضاء أو أمام جهات الإدارة.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٥٤ ملكية عقارية على أنه «لا شفعة في البيع الحاصل بالمزاد العلني عن طريق الإدارة والقضاء».

(ثانياً) البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار إلى درجة معينة طبقاً لما تنص المادة ٩٣٩/ ب عليه:

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد منع الشفعة في هذه الحالة لأن البيع يقوم على اعتبار شخصي ملحوظ، فالصلة الوثيقة هي التي أدت إلى البيع على هذا النحو بحيث ما كان يتم بهذه الكيفية لو كان البيع لشخص آخر. ومراعاة لهذه الاعتبارات امتنع الأخذ بالشفعة حتى لا يحل محل المشتري شخص لا تتوافر بالنسبة له هذه الاعتبارات. وقد عدد القانون على سبيل الحصر الفئات التي يمتنع الأخذ منها بالشفعة:

١ ـ بيع الزوج لزوجته، أو بيع الزوجة لزوجها.
٢ ـ بيع المالك لفروعه مهما نزلوا، أو لأصوله مهما علوا.
٣ ـ بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة.
٤ ـ بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٤٤/ ٢ ملكية عقارية على أنه «لا تسمع دعوى الشفعة في البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الأخوة والأخوات» وهو نفس الحكم في القانون المصري وإن كان القانون اللبناني لم يمنع الأخذ بالشفعة بين الأصهار. كما أنه قد حصر المنع من الأخذ في الشفعة في البيع بين الأقارب التي تجمع بينهم قرابة الحواشي إلى الدرجة الثانية فقط، حيث أن الأخوة والأخوات أقارب في الدرجة الثانية.

(ثالثاً) لا تجوز الشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، كالمساجد والكنائس والمعابد. والاستثناء ينحصر فقط فيما يباع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة فقط دون أن ينصرف إلى البيع لغرض من الأغراض العامة[1].

كما يجب أن يكون العقار المبيع مخصص لإقامة الشعائر الدينية بالمعنى الحرفي للكلمة وما يلحق بها ويكون لازم لآدائها، أي أن الأعمال الخيرية الأخرى لا تبرر منع الشفعة، فإقامة العيادات والمدارس والمكتبات وغير ذلك مما يمكن أن يلحق بدور العبادة لا يمنع من الأخذ بالشفعة.

كما أن إلحاق مصلى أو مسجد بعقار معين لا يمنع من الأخذ بالشفعة في هذا العقار ما دام أن الغرض الرئيسي للعقار هو لغير إقامة الشعائر الدينية. أما إذا كان العكس بحيث كان العقار مخصصاً أصلاً لإقامة شعائر دينية وألحق به مسكن للعاملين على إقامة هذه الشعائر فإنه لا تجوز الشفعة في بيع هذا العقار.

في القانون اللبناني: لم يرد نص مماثل وبالتالي لا يمكن إعمال حكمه بدون نص، ولذلك تجوز الشفعة ولو كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.

(رابعاً) البيوع التي منعت تشريعات أخرى الأخذ بالشفعة فيها، من ذلك قانون الإصلاح الزراعي الذي نص على عدم جواز الأخذ بالشفعة في الأراضي التي توزعها الدولة على صغار الفلاحين (م ٩/ ٤) وكذلك ما ينص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، من أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقارات التي تتصرف فيها الدولة طبقاً لأحكام هذا القانون (م ٥٨/ ٢).

- وقد سار القضاء على هذا النهج حتى ولو لم يوجد نص، فنجده يمنع الأخذ بالشفعة في البيوع التي تراعى فيها اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى[2].

---

(١) ١٩٥٦/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٦٠٧.

(٢) نقض ١٩٥٦/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٢٣٠.

«كما أن البيوع التي تتم إلى شركات التأمين التابعة للمؤسسة العامة للتأمين بثمن حدد مقداره وكيفية دفعه بطريقة خاصة، طبقاً للقرار رقم ١٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالحراسات تعتبر تصرفات ذات طبيعة خاصة روعيت فيها اعتبارات تتعلق بشخص المتصرف إليه وبمصالح عليا اجتماعية واقتصادية.. وبالتالي لا تعتبر بيوعاً عادية مما تجوز فيها الشفعة لأن تجويز الشفعة فيها يتنافى مع طبيعة تلك التصرفات ويفوت الأغراض المنشودة منها.. حتى ولو لم يرد نص صريح على منع الشفعة(١)».

وقد سبق أن رأينا أن الشفعة لا تجوز من مشترٍ توافرت فيه شروط الشفعة على النحو السابق بيانه.

٣ ـ الشروط الواجب توافرها في البيع المشفوع فيه:

إذا كانت الشفعة لا تجوز إلا في البيع، فإنه يلزم التحقق من توافر شروط معينة في هذا البيع حتى تجوز الشفعة فيه.

(أ) يجب أن يكون للبيع وجود قانوني: وهذا شرط بدهي حيث أنه لا يفتح المجال للأخذ بالشفعة إلا إذا كان هناك بيع قائم وموجود، وعلى ذلك إذا كان البيع باطل بطلاناً مطلقاً فلا مجال للأخذ بالشفعة، حيث أن العقد الباطل عقد لا وجود له. على العكس من ذلك إذا كان البيع قابلاً للإبطال، فإنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذا العقد، لأن العقد القابل للإبطال عقد قائم منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله. وكذلك الأمر بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فهو عقد صحيح منتج لآثاره إلى أن يتحقق الشرط الفاسخ(٢).

كما أن التقايل في البيع لا يعتبر بيعاً جديداً يتولد عنه للشفيع حق الشفعة

---

(١) نقض ١٣/٦/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٩٤٦.

(٢) نقض ١٢/٣/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٧٨٦ وإن كانت المحكمة تخلط بين الشرط الفاسخ كوصف والذي يجعل حق الدائن مهدداً بالزوال والشرط الفاسخ كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام المقابل في العقد الملزم للجانبين انظر في هذه التفرقة مؤلفنا النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام بيروت ١٩٩٥ ص ٢١٤.

لأن التقايل في البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين لا إنشاءً لبيع جديد ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة. وعلى ذلك فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا يبقى محل لطلب الشفعة[1] لكن التقايل الذي يتم بعد طلب الشفعة فلا أثر له على حق الشفيع، وإلا استطاع الطرفين إسقاط حق الشفعة بإرادتيهما كلما عنّ لهما ذلك.

أما بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف يذهب الفقه في مجموعة إلى إجازة الشفعة فيه[2]، وكذلك القضاء[3] على أساس أن البيع وإن كان غير نافذ إلا أنه موجود.

في القانون اللبناني: لا يجوز الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف، لأن انتقال الملكية إلى المشتري يكون معلقاً على الشرط، فإذا تحقق الشرط انتقلت الملكية وإذا تخلف الشرط لا تنتقل الملكية. كما أن هذا القانون يشترط أن يكون المشتري قد تملك العقار المبيع بقيده في السجل العقاري. ولذلك لا يجوز الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف إلا إذا تحقق الشرط وتم القيد في السجل العقاري.

---

(١) نقض ٢٥/٣/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٦٦١، قارن السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٧٠ ص ٥٠٦، ٥٠٧ وهامش ٣. عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٢ ص ٤١٥. ونكتفي بالتعليق على هذا الرأي بأن المحكمة لا تقصد بالفسخ هنا المعنى الفني الدقيق ولكنها تقصد به زوال الرابطة العقدية والتقايل من التصرفات المنهية لا المنشئة وبالتالي لا تجوز فيها الشفعة ما لم يتبين من قصد المتعاقدين خلاف ذلك.

(٢) محمد كامل مرسي، هـ ٤ فقرة ٣٢٥، ص ٣٠٩، شفيق شحاتة، فقرة ٢٦٤ ص ٤٧٤، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٨١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٩ ص ٣٣٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٢ ص ٤١٢، ٤١٣، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٧٠ ص ٥٠٣، ٥٠٥، جمال الدين زكي، فقرة ٢٢٦ ص ٤١١، ٤١٢ انظر عكس ذلك، محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ حسن كيرة، فقرة ٣٣١ ص ٥٨٧، ٥٨٨.

(٣) نقض ٣/٤/١٩٤٧، مجموعة عمر، جـ ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥؛ ٢٩/١١/١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س ٣ ص ١١٧.

(ب) **يجب أن يكون البيع حقيقياً**: على ذلك لا يكفي للأخذ بالشفعة أن يكون البيع موجوداً من الناحية القانونية وإنما يلزم أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان.

- إذا كان البيع مستوراً بتصرف آخر، كما لو كانت هناك هبة ساترة للبيع، فإنه يجوز للشفيع أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات، فإذا نجح في إثبات أن العقد في حقيقته بيع وليس هبة، جاز له أن يطالب الأخذ بالشفعة في هذا العقد.

وهذا الفرض لا يثير مشكلة حيث أن الشفيع كان يسعى إلى إثبات صورية التصرف للاعتداد بالتصرف الحقيقي المعول عليه سواء في العلاقة بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

- لكن إذا كان البيع يستر هبة، فيكون عقد البيع صورياً، فهل يجوز للشفيع التمسك بعقد البيع الصوري ليطلب الأخذ بالشفعة؟ الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على معرفة ما إذا كان الشفيع يعتبر من الغير في خصوص الصورية أم لا؟ الفقه إزاء هذه المسألة منقسم[1]، فمن الفقهاء[2] من يرى أن الشفيع ليس من الغير في الصورية، لأنه ليس دائناً ولا خلفاً خاصاً لأي من المتعاقدين طبقاً لنص المادة ٢٤٤/ ١ مدني.

وقد ذهب بحق بعض الفقهاء[3] إلى اعتبار الشفيع من الغير، على أساس

---

(١) انظر تفصيل ذلك مؤلفنا، أحكام الالتزام، ص ١٧٠.

(٢) عبد الفتاح الباقي، فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٦، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٣ ص ٤١٦، ٤١٧ السنهوري، الوسيط جـ ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٨٨ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ١٠٩٠، ص ١٠٩٤ جمال الدين زكي، فقرة ٢٢٦، ص ٤١٣ - ٤١٥، حسن كيرة، فقرة ٣٣١ ص ٥٩٠.

(٣) محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٥٨، ص ٤٤٤، ٤٤٥، إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، فقرة ٩٠ ص ٢٠٥، عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ١٩٧٣ فقرة ١٥٦ ص ١٨٠، أحمد سلامة، أحكام الالتزام فقرة ٥٨، مصطفى الجمال، فقرة ٣٠٤، عزت حنورة، فقرة ٧٤، ص ١١٩.

أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه. وذلك لأن منطق الغير في الصورية يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبني عليه تعامله وهذا هو الرأي الذي استقر عليه القضاء[1] ويترتب على هذا الخلاف نتيجة في غاية الأهمية، حيث طبقاً للرأي الأول لا يجوز للشفيع التمسك بالعقد الظاهر الصوري وهو البيع، وإنما يجوز للمشتري أن يحتج عليه بالعقد الحقيقي المستور، الهبة، مما يحرمه بالتالي من الشفعة. بينما طبقاً للرأي الثاني يجوز للشفيع باعتباره من الغير أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر وهو البيع متى كان حسن النية، وبالتالي يجوز له طلب الأخذ بالشفعة دون أن يستطيع المشتري الدفع في مواجهة بالعقد الحقيقي المستور.

في القانون اللبناني: يعتبر الشفيع من الغير في الصورية ومن ثم يجوز له إذا كان حسن النية لا يعلم بالصورية أن يتمسك بالعقد الظاهر. فالشفيع يعتبر خلفاً خاصاً للمشتري طبقاً لنص المادة ٢٥٣ ملكية عقارية حيث تنص على أنه «يعتبر الشفيع أنه قد اشترى من المشتري، ويكون للشفعة بينهما مفاعيل البيع نفسه».

وإذا كانت الصورية لا تتناول إلا الثمن، فإن الموقف بالنسبة إلى الشفيع يختلف فيما إذا كان الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي لإثناء الشفيع عن الأخذ بالشفعة كان للشفيع أن يثبت الثمن الحقيقي، فإذا نجح في هذا الإثبات فإنه لا يلتزم إلا بدفع هذا الثمن. وله في إثبات الثمن الحقيقي أن يلجأ إلى جميع طرق الإثبات لأنه ليس طرفاً في العقد المشفوع فيه.

---

(١) نقض ١٩٤٤/١١/٢٣، مجموعة عمر جـ ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٣، نقض ١٩٥٢/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض س٣ ص١٠٦٣، ١٩٥٤/٣/٢٥ س٥ ص٦٣٥، ١٩٦٦/١٠/١٨ س ١٦ ص ١٣٨٤، ١٩٧٠/٤/١٤ س ٢١ ص ٦١٨، ١٩٧٥/٦/١١ س ٢٦ ص ١٢٠١، ١٩٧٩/١٢/١٢ س ٣٠ ص ٢٦١، ١٩٨١/٢/٢٦ الطعن رقم ٤٣١ سنة ٤٨ق، ١٩٨٢/١٣/١١ الطعن رقم ٨٤٠ سنة ٤٩ق، ١٩٨٤/١/٢٤ س ٣٥ ص ٢٨٤، ١٩٨٥/١/١٥ س ٢٦ ص ١١٩.

وهذا ما نصت عليه كذلك المادة ٢٥١ ملكية عقارية لبناني بقولها أنه: «إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشتري وصاحب حق الشفعة فتعين المحكمة الثمن الحقيقي بصرف النظر عن قيمة المشفوع» وبناءً على ذلك فإن محكمة التمييز تخول الشفيع الحق في أن يثبت الثمن الحقيقي بكافة طرق الإثبات[١] أما إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، بقصد التهرب من رسوم التسجيل مثلاً، ثم طالب الشفيع بالأخذ بالشفعة، فإنه لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي للاحتجاج به على الشفيع، حيث يعتبر الشفيع، وفقاً لما هو مستقر عليه فقهاً وقضاءً، من الغير في الصورية ومن ثم لا يجوز أن يحتج عليه إلا بالثمن المذكور في العقد الظاهر[٢].

وهذا ما أخذ به القانون اللبناني في المادة ٢٥١ ملكية عقارية حيث تنص على أنه «لا يسمع الادعاء من المشتري بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور في العقد المسجل» ولذلك يذهب القضاء اللبناني إلى عدم جواز إثبات المشتري أن الثمن المتفق عليه يزيد عن الثمن المذكور في العقد المسجل[٣].

نخلص مما تقدم أن الشفيع يعتبر، حسب الرأي الغالب فقهاً وقضاءً، من طائفة الغير في خصوص الصورية وبالتالي يكون له أن يتمسك بالعقد الحقيقي إذا كان محققاً لمصلحته. ويكون له إثبات صورية التصرف الظاهر بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة والقرائن ولو كان التصرف الظاهر ثابتاً بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانوني للشهادة. والعلة في ذلك أنه كان يستحيل

---

(١) محكمة التمييز المدنية الثالثة قرار رقم ٧٣ في ٢٩/ ٤/ ١٩٧٠ مجموعة حاتم هـ ١٠٣ ص ٣١، ٣٢ وقرار رقم ١٣١ في ٩ تموز ١٩٦٨، نفس المجموعة هـ ٨٤ ص ٣٠.

(٢) نقض ٢٩/ ١/ ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س ٤ ص ٤١١.

(٣) محكمة التمييز المدنية الثالثة قرار رقم ١١٨ في ١٦/ ١٢/ ١٩٦٤ مجموعة حاتم جـ ٧٠ ص ٤٢، ٤٣، وقرار رقم ٤٣ في ١٦/٨/ ١٩٦٢، نفس المجموعة جـ ٤٩ ص ٧٠. محكمة استئناف جبل لبنان قرار رقم ٦٤ في ٢٠/ ٧/ ١٩٥٠، نفس المجموعة، جـ ٨ ص ٤٣ محكمة استئناف بيروت المدنية الثانية قرار رقم ١٣٠٦ في ١٧/ ٧/ ١٩٦٩ نفس المجموعة جـ ٩٦ ص ٥٤.

على الشفيع أن يحصل على سند كتابي لإثبات صورية عقد لم يكن طرفاً فيه. ولذلك يستطيع الشفيع أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية الثمن المذكور في العقد فيثبت أن الثمن الحقيقي أقل من الثمن الظاهر. كما له أن يثبت أيضاً أن حقيقة العقد بيع وليس هبة. وهذا يتفق مع القاعدة العامة في الصورية. وهي أن العبرة بما انصرفت إليه الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. كما يكون له أن يتمسك بالعقد الصوري إذا كان محققاً لمصلحته. وتبرير ذلك أن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي احترام الثقة المشروعة في الوضع الظاهر. فقد أوجد المتعاقدان في العقد الصوري مظهراً كاذباً اعتمد عليه الغير واطمأن إليه. فهو لم يكن يستطيع أن يستشف حقيقة ما اتفقا عليه فوجب حماية الغير بأن يؤخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها ولو اختلفت عن الإرادة الحقيقية[1] ولكن يشترط حتى يستطيع الشفيع أن يتمسك بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية وقت تعامله، أي يجهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت، وحسن النية مفروض وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه. وإذا أشهر العقد المستتر فلا يقبل من الشفيع أن يحتج بالجهل به بعد ذلك إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً[2].

وهذا هو ما يأخذ به أيضاً **القانون اللبناني** على النحو السابق بيانه.

(جـ) **يجب أن يكون البيع بيعاً صرفاً**: يجب لجواز الشفعة أن يكون البيع الصادر إلى المشفوع فيه بيعاً خالصاً لا تختلط به عقود أخرى. ولذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان البيع قد روعيت فيه اعتبارات خاصة تتعلق بشخص المشتري وتحقيق مصالح عامة اقتصادية أو اجتماعية، ولذلك إذا كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة في شرائها ومهما زايدوا على أثمانها، ويعتبر البيع في هذه الأحوال

---

(١) إسماعيل غانم، الأحكام، فقرة ٩٢ ص ٢١١، وبصفة خاصة المراجع المشار إليها في هامش ١.

(٢) إسماعيل غانم المرجع السابق، أنور سلطان، أحكام الالتزام، فقرة ٨١ ص ٧٠، ومع ذلك قارن السنهوري، الوسيط ج ٢ فقرة ٦٢٣ ص ١١٠٢ هامش ٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤ ص ٤٢١.

متراوحاً بين البيع والهبة والصلح لأن تقدير الثمن تراعى فيه الاعتبارات السابقة[1].

(د) **أن يكون البيع تاماً**: ينبغي أن يكون البيع المشفوع فيه قد أبرم بصفة نهائية وأصبح ملزماً لطرفيه. وحيث أن الشفعة لا تكون إلا في عقار فقد ساد في هذا المجال وجود ما يسمى بالعقد الابتدائي الذي يقوم فيه المتعاقدان بإثبات رضائهما بالعقد وبشروطه انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد في عقد نهائي يتمشى مع مقتضيات التسجيل[2] وصفة العقد بأنه ابتدائي لا تنتقص من تمام العقد وبالتالي تجوز فيه الشفعة كما تجوز في العقد النهائي[3]، لأن العقد الابتدائي عقد كامل ونهائي وأنه هو ذات العقد الذي يقصده عاقداه أولاً وأخيراً، فهو وصف لا يرد على العقد في ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي تبدأ صياغته من أن تجيء عليها، لتتغير فيما بعد لتصير في شكلها النهائي، فالعقد الابتدائي والعقد النهائي في مجال البيع لا يعدو أن يكونا مسميين لعقد واحد، هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص. فاصطلاح «العقد الابتدائي» يعني العقد في صورته الأولية، قبل التسجيل، في حين اصطلاح «العقد النهائي» يعني ذات العقد، ولكن في صورته النهائية التي تتمشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل[4].

---

(١) نقض ١٦/٢/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٢٣٠، نقض ١٢/٦/١٩٦٩، س ٢٠ ص ٩٤٦، نقض ٢٦/١٢/١٩٨٥ س ٢٦ ص ١٢١٢ مشار إليه في حسن كيرة، فقرة ٣٣١ ص ٥٩١ هامش ١.

ويؤيد الفقه هذا الاتجاه، انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٨ ص ٣٣١، ٣٣٢ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦١ ص ٤٠٩، ٤١٠، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٧٠ هامش ٢ ص ٤٩٤، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٢٧٣ ص ٣٧٦، ٣٧٧، حسن كيرة، فقرة ٣٣١ ص ٥٩١.

(٢) نقض ١٦/١/١٩٤٦ مجموعة عمر هـ ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢.

(٣) إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٨١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٩ ص ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٤ ص ٤٢١، ٤٢٢، السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٧٠ ص ٥٠٠ ـ ٥٠٢، حسن كيرة، فقرة ٣٣١ ص ٥٩١، ٥٩٢.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة =

في القانون اللبناني: البيع الذي تجوز الشفعة فيه يجب أن يكون مسجلاً، إذ يشترط أن يكون المشتري المشفوع منه قد تملك العقار المبيع (م ٢٥٠ ملكية عقارية) ولذلك يذهب القضاء اللبناني إلى ضرورة أن يكون البيع المشفوع فيه مسجلاً[1] كما يجعل العبرة في تملك الشفيع لما يشفع به بأن يكون هذا التملك سابقاً على تسجيل البيع المشفوع فيه[2] وبالنسبة للعقارات غير الممسوحة فيجب أن يتم التسجيل في مكتب الطابو والتسجيل المركزي[3]. كما أن المالك بحكم غير مسجل لا يمكنه ممارسة حقوق التصرف الخاضعة للتسجيل ومنها حق الشفعة[4].

كما لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مقترناً بالعربون، حيث أن هذا العقد متحقق له الوجود، وإن كان لكل من طرفيه حق العدول ما لم يكن متفقاً على دلالة البتات.

ـ الشفعة في عقد البيع غير المسجل:

لا يشترط لجواز الشفعة أن يكون البيع المشفوع فيه مسجلاً. فعقد بيع العقار ما زال عقداً رضائياً ينعقد بمجرد التراضي دون حاجة إلى أي شكل أو إجراء خاص. ويرتب عقد البيع جميع آثاره بمجرد انعقاده فيما عدا نقل الملكية إذ يتوقف ذلك على تسجيل العقد. والتسجيل ليس ركناً في البيع وإنما إجراء

= المنفردة، ١٩٨٤ فقرة ٧٩ ص ١٦٧ وما بعدها.

(١) محكمة التمييز المدنية الأولى الهيئة الثانية قرار رقم ٢٧ في ١٩٥٩/٢/٢٥ مجموعة حاتم هـ ٣٧ ص ٢٨. محكمة تمييز رقم ٢ تاريخ ١٩٨٩/١/٥، عفيف شمس الدين، المصنف في الاجتهاد العقاري، الجزء الثاني ١٩٩٤ ص ٣٠٩ استئناف بيروت في ١٩٩٤/٣/٢٣، عفيف شمس الدين ص ٣٢٣ وما بعدها. وانظر عكس ذلك قرار القاضي المنفرد في جبيل رقم ٤٢ في ١٩٨٥/٧/٣ ص ٢٩٨.

(٢) محكمة التمييز المدنية قرار رقم ٦٨ في ١٩٧١/٦/٨ مجموعة حاتم جـ ١٢٥ ص ٣٦ ـ ٣٨.

(٣) محكمة استئناف جبل لبنان قرار رقم ٦٩ في ١٩٨٧/٧/١٤، عفيف شمس الدين، ص ٣٠٩ وما بعدها.

(٤) استئناف جبل لبنان رقم ٢٥ في ١٩٨٨/٣/٢٤ تحقيق شمس الدين ص ٣١٨ وما بعدها.

لاحق ولازم لترتيب الأثر العيني على عقد البيع وهو نقل الملكية، ولا يتوقف هذا الأثر على إرادة البائع وإنما يمكن اقتضاءه منه عيناً عن طريق دعوى صحة التعاقد. علاوة على ذلك فإن أحكام الشفعة لم تتطلب لقيام حق الشفعة أن يكون المشتري قد تملك العقار المشفوع فيه بالرغم من اشتراط ذلك صراحة في الشفيع. وهذا ما وضح عند مناقشة أعضاء اللجنة المكلفة بإعداد مشروع التقنين المدني الحالي ورفضها الاقتراح الذي كان يتطلب تسجيل البيع المشفوع فيه للأخذ بالشفعة على خلاف ما هو مستقر عليه فقهاً وقضاءً.

وعلى ذلك يكفي لقيام الحق في الشفعة وقوع البيع الذي تجوز فيه الشفعة على النحو السابق بيانه. وهذا ما استقر عليه القضاء[١]، وأيده الفقه في مجموعه[٢].

كما لا يلزم أن يكون البيع المشفوع فيه ثابت التاريخ[٣] ومن ثم تجوز الشفعة في عقد البيع العرفي غير ثابت التاريخ لكن لا يحتج بهذا التاريخ على الغير. وعلى ذلك لا يعتبر تاريخ هذا البيع حجة على الشفيع، باعتباره من الغير، إلا إذا كان ثابتاً. بمعنى إذا كان التاريخ العرفي لعقد البيع سابقاً على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به فإنه لا يجوز الاحتجاج به عليه طالما أن

---

(١) نقض ١٥/٢/١٩٤٥ مجموعة عمر جـ ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨، ١٨/٢/١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٥٣٠، ١٢/٢/١٩٨٠ ص ٣١ ص ٤٨١، ١٢/٢/١٩٨٥ ص ٣٦ ص ٢٥٩.

(٢) شفيق شحاتة، فقرة ٢٦٥ ص ٢٧٥، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٨١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٩ ص ٣٣٢، عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٤ ص ٤٢١ وما بعدها السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٧١ ص ٥١٠ وما بعدها، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٢٨١ ص ٣٨١ وما بعدها، جمال الدين زكي، فقرة ٢٢٧ ص ٤١٥ وما بعدها. حسن كيرة، فقرة ٣٣٢ ص ٥٩٣ وما بعدها. انظر عكس ذلك محمد علي عرفة جـ ٢ فقرة ٢٦٩ ص ٤٥٨ وما بعدها.

(٣) نقض ٤/٣/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ص ٥ ص ٥٨٣ ، نقض ١٢/٢/١٩٨٥ ص ٣٦ ص ٢٥٩.

هذا التاريخ غير ثابت[1].

ب ـ يجب أن يظل البيع قائماً إلى أن تتم الشفعة :

إذا كان يلزم أن يكون هناك بيع مما تجوز فيه الشفعة وأن يتوافر في هذا البيع الشروط الواجب توافرها فيه على النحو السابق بيانه عند طلب الشفعة إلا أنه يلزم أيضاً أن يستمر هذا البيع قائماً من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة. فالنتيجة النهائية في الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه، وهذا يستلزم عقلاً ومنطقاً بقاء العقد الذي يجب أن يتم فيه هذا الحلول.

وعلى ذلك إذا تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف فإن العقد المشفوع فيه يزول بأثر رجعي، فإذا كان ذلك قبل طلب الشفعة فإن الحق في الأخذ بالشفعة يزول معه لتخلف شرط جوهري وهو وجوب أن يكون البيع المشفوع فيه قائماً وقت طلب الأخذ بالشفعة.

أما إذا كان الزوال بعد إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فإنه يزول معه حق الشفيع، لتخلف شرط استمرار البيع قائماً حتى تمام الشفعة. مع مراعاة أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ولو تخلف إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف، كالمدين في الشرط الواقف والدائن في الشرط الفاسخ، قد حال دون تحققه بفعله، كما يعتبر الشرط متخلفاً حكماً، ، إذا كان تحققه راجعاً إلى فعل من جانب الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق، كالدائن في الشرط الواقف والمدين في الشرط الفاسخ.

وكذلك الحال بالنسبة لانفساخ العقد المشفوع فيه بقوة القانون لاستحالة التنفيد بقوة قاهرة، لكن إذا كان للبائع أن يطلب فسخ البيع لعدم دفع المشتري للثمن قبل طلب الشفعة، فإن هذا الحق يفقد مبرره بعد إعلان الرغبة في الشفعة حيث أن الشفيع سيقوم بإيداع الثمن. كما أن التقايل بعد طلب الشفعة لا يؤثر

---

(١) عبد المنعم البدراوي، فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧، انظر عكس ذلك الفقهاء الذين لا يعتبرون الشفيع من الغير السابق الاشارة إليهم فيما سبق.

في قيام حق الشفيع إذ لا يملك البائع والمشترط إسقاط الشفعة، بعدما نشأ الحق فيها بإرادتهما.

لكن في حالة ما إذا كان البيع المشفوع فيه مقترناً بعربون أو كان قابلاً للإبطال لمصلحة البائع فإن إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة لا يحول دون استعمال البائع لحق ثابت له بمقتضى الاتفاق أو القانون، ويترتب على استعمال البائع لحقه زوال العقد المشفوع فيه وبالتالي زوال حق الشفيع في الشفعة لتخلف شرط وجوب استمرار البيع قائماً إلى حين تمام الشفعة.

أما إذا كان عقد البيع المشفوع فيه قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، فإن للمشتري الحق في طلب الإبطال كما له الحق في الإجازة، كما وقد يسقط هذا الحق بالتقادم. فإذا بادر المشتري وطالب بإبطال البيع المشفوع فيه قبل طلب الأخذ بالشفعة فإن هذا العقد يزول ويزول معه حق الأخذ بالشفعة. أما إذا كان الشفيع قد بادر في طلب الأخذ بالشفعة قبل طلب المشتري إبطال العقد فإن إصرار المشتري بعد ذلك على طلب الإبطال ليس له ما يبرره لأن القصد من تقرير الإبطال لمصلحته هو حمايته عن طريق السماح له بالتخلص من العقد الضار بمصلحته وطلب الشفيع الأخذ بالشفعة سيحقق له نفس الغرض دون أدنى ضرر. ولذلك سيكون المشتري متعسفاً في استعمال حقه في طلب الإبطال ويحق للشفيع أن يطالب بالتعويض وخير تعويض في هذه الحالة الحكم ببقاء العقد وحلول الشفيع فيه محل المشتري.

وكذلك الحال عندما يكون البيع المشفوع فيه مقترناً بعربون، ولم يستعمل المشتري حقه في العدول قبل طلب الشفيع الأخذ بالشفعة. إذ استعمال حق العدول من جانب المشتري بعد طلب الشفيع الأخذ بالشفعة لا يكون له ما يبرره وخاصة وأنه سيتحقق له غرضه في التخلص من العقد عن طريق حلول الشفيع محله.

ثانياً: شروط المال المشفوع فيه:

- لا شفعة إلا في عقار - وفي العقار كله:

هناك شرطان يجب توافرهما في المال المبيع المشفوع فيه: ١ - يجب أن يكون المبيع عقاراً. ٢ - يجب أن تطلب الشفعة في العقار كله، إذ المبدأ أن الشفعة لا تقبل التجزئة على النحو الذي سوف نراه.

١ - يجب أن يكون المبيع المشفوع فيه عقاراً:

لا شفعة إلا في العقار، أمر مستفاد من تعريف الشفعة ذاته (م ٩٣٥ مدني) وكذلك من جميع الأحكام المنظمة للشفعة. والشفعة لا تكون إلا في البيع الذي يرد على عقار بوصفه عقاراً. فإذا بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل، كما لو بيع البناء معد للهدم، فإن الشفعة لا تجوز فيه. كما أن الشفعة لا تجوز في بيع العقار بالتخصيص استقلالاً عن العقار الأصلي. ولكنه إذا بيع مع العقار الأصلي، فإن الشفعة تشمله باعتباره من ملحقاته. وكما هو واضح فإن العقار الذي تجوز فيه الشفعة هو العقار بالطبيعة، وهو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف (م ٨٢/ ١ مدني). ويستوي أن يكون هذا العقار أرضاً أو بناءً، ويستوي أن تكون أراضي معدة للبناء أو غير معدة للبناء مع تفصيل في الأحكام بحسب السبب الموجب للشفعة.

كما أن الحق العيني الذي يقع على عقار يعتبر مالاً عقارياً. ومن ثم تجوز الشفعة في بيع أي حق عيني عقاري أصلي مما يجوز بيعه استقلالاً، كحق الانتفاع، وملكية الرقبة وحق الحكر. أما المنقول فلا شفعة فيه وإنما استرداد إذا كان مملوكاً على الشيوع، وكذلك في المجموع من المال، إذا قام أحد الشركاء ببيع بالممارسة لحصة شائعة فيه لأجنبي (م ٨٣٣ مدني مصري). وحق الاسترداد في المنقول وحق الشفعة في العقار يتفقان في علة تقريرهم في مجال الشيوع، وهو منع دخول الأجنبي بين الشركاء في الشيوع. لكن للشفعة نطاقاً يجاوز حالة الشيوع، فالشفعة تثبت للشريك في الشيوع وغيره من الشفعاء على النحو السابق بيانه. ولذلك تنفرد الشفعة بقيود وأحكام لا نجدها في الاسترداد. وحق الاسترداد يثبت في بيع حصة شائعة في مجموع من المال، كالتركة،

والمتجر، وذلك لو اشتمل هذا المجموع على عقار باعتباره أحد عناصره. ولكن يجب تسجيل الاتفاق الذي يتم به الاسترداد أو الحكم الذي يصدر به حتى تنتقل ملكية الحصة الشائعة في العقار من البائع إلى المسترد.

٢ ـ عدم قابلية الشفعة للتجزئة:

تنص المادة ٢٤٥ ملكية عقارية على أن «حق الشفعة لا يتجزأ، فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله. فإذا تعدد الشفعاء المتساوون في الفئة وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة، وجب على الباقين طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها. أما إذا تعدد المشترون فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط».

وقد كانت المادة ١٣٨٢/٢ من المشروع التمهيدي للتقنين الحالي تنص على أن «والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في استعماله» لكن لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة، بسبب الخلاف حول توريث حق الشفعة أو تجزئته، وترك حكمها لاجتهاد القضاء[١].

والفقه مجمع والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة، كما أن هذا هو الحكم في الفقه الإسلامي[٢]. القاعدة إذن أن الشفعة لا تقبل التجزئة، بمعنى أن الشفيع يجب أن يشفع في العقار المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري.

وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن محل تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة أن يكون المبيع عقاراً واحداً أو عقارات متعددة متصلة، أي متلاصقة، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث أن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع»[٣].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٣٥٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٩ ص ٤٨٣.

(٣) نقض ١٣/٥/١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥، ١٤/١/١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٥٢، ٧/٦/١٩٧٩ س ٣٠ ع ٢ ص ٥٧٨.

على ضوء ذلك يجب أن نفرق بصدد تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة بين عدة فروض.

الفرض الأول: أن يكون المبيع عقاراً واحداً، فإن عدم قابلية الشفعة للتجزئة يعني عدم جواز طلب الشفعة إلا بالنسبة للمبيع كله. فلا يجوز للشفيع أن يشفع في جزء ويترك الجزء الآخر. وإذا تعدد الشفعاء وكان مقتضى التزاحم أن يقسم المبيع بينهم، فيجب أن يطلب كل منهم الشفعة في العقار كله[1] في الحالة التي تكون فيها الرقبة أو المنفعة أو الحكر لعدة أشخاص، بيع كل الرقبة أو المنفعة أو الحكر. جاز لأصحابه مجتمعين أن يأخذوا المبيع بالشفعة حيث يكون استحقاق كل منهم على قدر نصيبه. أما إذا طلب الشفعة أحد هؤلاء وحده فلا يجوز له أن يشفع إلا في القدر من المبيع الذي يلابس حقه، أي بقدر نصيبه في الرقبة أو المنفعة أو الحكر. وهذا الحكم مقرر بالنسبة لمالك الرقبة والمنتفع فيجب تعميمه لاتحاد العلة في تقرير الشفعة في كل هذه الحالات، وهي جمع عناصر الملكية في يد واحدة[2]. لكن تطبيق هذه القاعدة رهين بعدم تجزئة الشفعة، فإذا كانت الصفقة غير قابلة للتجزئة بطبيعتها أو في ضوء الغرض المقصود منها فلا يحق لأحدهم طلب الشفعة لا في القدر من المبيع الذي يلابس حقه حتى لا تتجزأ الصفقة[3]، ولا في المبيع كله لأنه لا يتوافر فيه أسباب الشفعة إلا في حصة منه[4].

الفرض الثاني: أن يكون المبيع عدة عقارات بيعت صفقة واحدة، أي بعقد واحد. يجب أن نفرق هنا بين حالتين.

الحالة الأولى: إذا كانت هذه العقارات منفصلة أي غير متلاصقة وليست

---

(١) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٣٨٢ ص ٣٧٩، محمد علي عرفة هـ ٢ فقرة ٢١٧، ص ٣٩٠ منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣ ص ٣٣٩، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨ ص ٤٣١.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨ ص ٤٣١.

(٣) قارن حسن كيرة فقرة ٣٣ ص ٦٠٣ حيث يرى جواز ذلك ص ٦٠٤.

(٤) قارن منصور مصطفى منصور، فقرة ،١٤٣ ص ٣٣٩.

مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة، فإن للشفيع أن يطلب منها ما توافرت له فيه أسباب الشفعة دون العقارات الأخرى[1] بل وله أن يختار من بينها ما يريد أخذه بالشفعة فلا يتحتم عليه أن يشفع في كل ما توافرت فيه شروط الشفعة[2]. وإذا كانت العقارات المبيعة قد بيعت جميعاً بثمن إجمالي، فيقدر ما يخص العقار أو العقارات المشفوع فيها من هذا الثمن بواسطة أهل الخبرة.

الحالة الثانية: إذا كانت العقارات المبيعة متصلة أي متلاصقة أو منفصلة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث يكون استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من انتفاع[3]. كما لو كان الغرض هو تخصيص العقارات جميعاً لإنتاج ما يحتاجه مصنع قائم بجوارها[4].

في هذه الحالة إذا كانت شروط الشفعة متوفرة للشفيع بالنسبة لجميع العقارات فيجب إذا ما أراد أن يشفع في الجميع حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري. أما إذا توافرت شروط الشفعة في بعضها ولم تتوافر في البعض الآخر فلا تجوز الشفعة أصلاً، إذ لا تجوز في العقارات جميعاً لأن من بينها ما لا تتوافر فيه شروط الشفعة، ولا تجوز فيما توافرت فيه الشروط وحده حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري[5].

بينما يذهب بعض الفقهاء[6] إلى أن الشفعة في هذه الحالة تجوز في

---

(١) نقض ١٨/٢/١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٥٣٠. نقض ،/٤/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٢١٤.

(٢) إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٤١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨ ص ٤٣٢.

(٣) نقض ١٤/١/١٩٦٥ س ١٦ ص ٥٢، ٧/٦/١٩٧٩ س ٣٠ ع ٢ ص ٥٧٨.

(٤) نقض ١٣/٥/١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ٢٥٩ ص ٣٦٠، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٤١، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣ ص ٣٤١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨ ص ٤٣٣.

(٦) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٣٨١، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٤٠٦، =

العقارات التي تتوافر فيها شروط الشفعة، وبالنسبة لباقي العقارات يكون للمشتري أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة حتى لا تتجزأ عليه، وحينئذٍ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات حتى ما لم تتوافر فيه الشروط، أو أن يتركها جميعاً حتى ما توافرت فيه الشروط. ويعيب هذا الرأي أنه يخالف القواعد العامة حيث يوسع من نطاق الشفعة، إذ يمكن الشفيع من أن يحصل على عقارات لا تتوافر فيها شروط الشفعة(١).

إذا تضرر المشتري لترك باقي الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استغلالها وأظهر الشفيع استعداده لأخذ هذا الباقي رفعاً للضرر عن المشتري فإن هذا لا يمنع من أن يتم الأخذ بالشفعة في الجزء الذي يتوافر له فيه أسبابها وأن يتم أخذ الباقي بالتراضي لا بالشفعة(٢).

الفرض الثالث: أن يكون المبيع عقاراً واحداً بيع لعدة أشخاص، في هذا الفرض يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان البيع لعدة أشخاص على الشيوع، فقد كان قانون الشفعة السابق لا يجيز الشفعة إلا في العقار بتمامه (م ١١) وهذا ما يأخذ به غالبية الفقهاء(٣) في ظل القانون المدني الحالي بالرغم من إلغاء هذا

= شفيق شحاتة، فقرة ٢٦٠، السنهوري الوسيط جـ ٩ فقرة ١٦٩ ص ٤٨٩، عزت حنورة، فقرة ١١٠ ص ١٧١، ١٧٢.

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٦٨ ص ٤٣٤، وقارن حسن كيرة، ٣٣٤ ص ٦٠٢ حيث يرى أنه إذا كان من شأن التجزئة إلحاق ضرر فاحش أو جسيم بالمشتري، وهذا هو الغالب، فإن ذلك يمثل تعسفاً في استعمال حق الشفعة لا يجوز. وقد يكون الجزاء المناسب عل ذلك هو حرمان الشفيع من حقه، إن لم يحصل تراض بين الشفيع والمشتري على أخذ الشفيع بالاتفاق، لا بالشفعة، العقارات المتبقية التي لا يتوافر له فيها سبب الشفعة.

(٢) نقض ١٩٥٧/٣/٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٢١٤، ١٩٧٥/١١/٦، س ٢٦ ص ١٤٨٢.

(٣) محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٨٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٣ ص ٣٤١.

النص[1] ويذهب بعض الفقهاء إلى أن رأي غالبية الفقهاء لم يعدله سند تشريعي ولذلك يجب الأخذ بما كان يراه الفقه الإسلامي من جواز الشفعة في حصة أحد المشترين[2]. القضاء يذهب إلى أن «للشفيع إذا بيع جزء شائع في عقار لمشترين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين، ولا يكون في هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل[3].

الحالة الثانية: إذا كان البيع لعدة أشخاص وكان لكل منهم حصة مفرزة فيه، فإننا نكون بصدد تعدد للصفقة وبالتالي يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للصفقة[4].

ثالثاً: شروط الشفيع

حيث أن الشفعة بحسب مآلها ستتمخص عن حلول الشفيع محل المشتري في بيع عقار معين نتيجة لقيام سبب من أسباب الشفعة في جانبه. لذلك يجب أن يتوافر في هذا الشفيع ثلاث مجموعات من الشروط حتى يتحقق له أخذ العقار المبيع بالشفعة. ولنعرض لذلك بالتفصيل في الفقرات التالية.

أ ـ شروط أولية:

وهذه الشروط يجب أن تتوافر في الشفيع ابتداءً حتى يحق له طلب الشفعة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ يجب أن يكون الشفيع شخص من أشخاص القانون: وحيث أن

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٨ ص ٤٣٤، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٦٩ ص ٤٨٦. قارن نقض ٩/ ٣/ ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٦٤٦.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٣٣٤ ص ٦٠١.

(٣) نقض ١/ ٣/ ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض س ٣٠ ع ١ ص ٦٧١.

(٤) نقض ٢٦/ ٢/ ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٦٧٧.

الشفعة حق من الحقوق المالية لذلك فإنه يكون لكل من ثبتت له الشخصية القانونية صلاحية اكتساب هذا الحق. وبناءً على ذلك فإن الحق في الشفعة يثبت للشخص الطبيعي وللشخص الاعتباري على السواء حيث أن حق الشفعة لا يعتبر من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعي.

ويستوي في الشخص الاعتباري أن يكون من أشخاص القانون الخاص أو من أشخاص القانون العام[1].

٢ - يجب أن يتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة: إذا كانت الشفعة ترتكز على آلية معينة، وهي حلول الشفيع في عقد البيع محل المشتري وبما يترتب على ذلك من آثار قانونية. لذلك فإنها تعتبر من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة. لذلك ينبغي أن يتوافر في الشفيع أهلية التصرف[2].

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. وإذا كان الأخذ بالشفعة سيتم عن طريق الوكالة فإن ذلك يقتضي وكالة خاصة، لأن الوكالة العامة لا تخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة.

أما إذا كان الأخذ بالشفعة عن طريق النائب القانوني، فإن للأب باعتباره ولياً أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون حاجة إلى استئذان المحكمة. أما إذا كان الولي هو الجد فإنه يلزم إذن المحكمة للأخذ بالشفعة. أما بالنسبة للوصي والقيم ووكيل الغائب فإنه يلزم دائماً استئذان المحكمة.

ب - شروط سلبية:

هذه الشروط يجب أن تتوافر في بعض الحالات، وذلك لأن المشرع قد تطلبها للاستجابة إلى اعتبارات معينة. وهذه الشروط تتمثل في شرطين:

١ - يجب ألا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه: هذا

---

(١) نقض ١٥/ ١/ ١٩٨٧ مجموعة أحكام النقض س ٣٨ ص ١٢١، العبرة أن يكون الشخص الاعتباري شخصية قانونية مستقلة. انظر حسن كيرة، فقرة ٣٢٦ ص ٥٧٤، ٥٧٥.

(٢) إسماعيل غانم جـ ٢ ص ٧٨، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٩٠ ص ٥٨٩، حسن كيرة، فقرة ٣٢٦ ص ٥٧٥.

الشرط تطلبته الشفعة بحسب مآلها، حيث أن الشفيع إذا ما أخذ بالشفعة، سواء بالتراضي أو التقاضي، فإنه سيحل محل المشتري فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ولذلك ينبغي ألا يكون الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار.

تطبيقاً لذلك، نجد أن قانون الإصلاح الزراعي قرر عدم جواز تملك الفرد أو الأسرة ما يزيد عن الحد الأقصى للملكية المنصوص عليها في قانون الإصلاح الزراعي (خمسون فداناً بالنسبة للفرد وعلى ألا تتجاوز ملكية الأسرة الواحدة مائة فدان من الأراضي الزراعية، المادة الأولى من قانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩. وفي الأراضي الصحراوية ٢٠٠ فدان للفرد إذا كان الري بالطرق الحديثة من المياه الجوفية وللأسرة ٣٠٠ فدان، أما إذا كان الري بأسلوب الري السطحي ١٠٠ فدان للفرد و ١٥٠ للأسرة قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١) وقد قررت المادة ٣/١ من قانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ أن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز شهره»[١] ويدخل في أسباب كسب الملكية عن طريق التعاقد الشفعة، ولذلك لا يجوز للشخص أن يكون شفيعاً إذا كان ذلك يؤدي إلى زيادة ملكيته عن الحد الأقصى[٢] كما أنه بالنسبة للأجانب لا يجوز لهم تملك الأراضي الزراعية (م ١ قانون ١٥ لسنة ١٩٦٣) أما بالنسبة للأراضي الصحراوية فقد نظم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ والمعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨ الذي يجيز بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الوزراء معاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين في قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١، والقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩١ وما تلى ذلك من قوانين متعلقة بملكية الأجانب لهذه الأراضي. بالنسبة للأرض الفضاء قد جاء قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٨ لتنظيم شروط وقيود وحدود تملك الأجانب لهذه

(١) انظر في تفصيل مؤلفنا في القانون الزراعي، ١٩٩٤، دار المعرفة الجامعية ص ١٧٢ وما بعدها.

(٢) نقض مدني ١٤/١١/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨. ٩/١٢/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٧٣٣.

الأراضي[1] ولذلك يجوز للأجانب طلب الشفعة في الحدود وطبقاً للشروط التي تسمح لهم بها هذه القوانين[2].

ـ ولا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشفع في العقار الذي نيط به بيعه بموجب هذه النيابة أو التفويض لأنه يمتنع عليه شراء هذا العقار (م ٤٧٩ مدني مصري، م ٣٧٨ موجبات وعقود لبناني).

ـ كما لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشفعوا في العقارات المعهود إليهم في بيعها، وفي تقدير قيمتها لأنه يمتنع عليهم أن يشتروا هذه العقارات (م ٤٨٠ مدني مصري، م ٣٧٩ موجبات وعقود لبناني)[3].

ـ لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشفعوا في الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائراتها لأنه يمتنع عليهم أن يشتروا هذا الحق (م ٤٧١ مدني مصري، م ٣٨٠ موجبات وعقود لبناني)[4].

٢ ـ يجب ألا يكون الشفيع وقفاً:

تنص المادة ٢/٩٣٩ مدني مصري على أنه «لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة».

وتنص المادة ٢٥٤ ملكية عقارية لبناني على أنه «لا شفعة للوقف» وهذا

---

(١) مؤلفنا السابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) نقض ١٧/١/١٩٧٩ س ٣٠ ص ٢٣٧.

(٣) انظر في تفصيل ذلك للمؤلف العقود المسماة، الجزء الأول عقد البيع، دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٧ ص ١٤٩ وما بعدها.

(٤) انظر في ذلك عبد المنعم البدراوي، فقرة ٤٢١ ص ٤٥١، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٧٨، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤، ٣٢٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٩، حسن كيرة، فقرة ٣٦٥ ص ٦٤٠. وانظر عكس ذلك محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٥، شفيق شحاتة، فقرة ٣٥٥، ص ٢٦٨.

هو حكم الفقه الإسلامي، ففيه لا شفعة للوقف لا بشركه ولا بجوار[1].

وعلى ذلك فإذا بيع عقار مجاور للعقار الموقوف، فلا يجوز للوقف أن يشفع فيه على أساس الجوار. وكذلك إذا كان العقار الشائع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك، فلا يجوز للوقف أن يشفع في الملك المبيع على أساس كونه شريكاً في الشيوع.

لكن مما تجدر ملاحظته أن عقود الشراء التي يبرمها الوقف في خصوص عقارات معينة تجوز الشفعة فيها. فالقاعدة تنحصر في حالة ما إذا كان الوقف شفيعاً فقط.

حـ ـ الشروط الإيجابية:

وهذه الشروط تتعلق بالشفيع من وقت توافر سبب من أسباب الشفعة فيه وإلى أن يتم الأخذ بالشفعة. في هذه المرحلة يجب أن يتوافر شرطان:

١ ـ يجب أن يتوفر للشفيع سبب الشفعة وقت صدور البيع:

لا يثبت للشفيع حق الشفعة إلا إذا توفر له سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، إذ العبرة بهذا الوقت لتوافر الشروط اللازمة لطلب الشفعة، والأمر يحتاج لتفصيل بحسب أسباب الشفعة المختلفة.

(أ) **إذا كان حق الشفيع ناشئاً عن تصرف قانوني**: فإنه يجب أن يكون هذا **التصرف مسجلاً** قبل البيع المشفوع فيه. وذلك لأن الحق الذي يشفع الشفيع بموجبه يكون دائماً **حقاً عينياً عقارياً**، والتصرف لا ينقل هذا الحق إلا بالتسجيل. وبناءً على ذلك إذا كان العقد الذي تلقى به الشفيع هذا الحق غير مسجل قبل البيع المشفوع فيه، فلا يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة[2] حتى ولو

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٩٢ ص ٥٩٤.

(٢) نقض ٤/٤/١٩٤٦، مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٦٥، ٢٠/٥/١٩٤٨ نفس المجموعة رقم ٣١٤ ص ٦٢٨، ١٨/٢/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٥٣٠، ٢٤/١١/١٩٧٣، س ٢٤ ص ٣٢٩، ٢٧/٦/١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٥٧٠، ٢٠/١٢/١٩٨١ س ٣٢ ص ٢٣٤١، ١٠/٤/١٩٨٣ س ٣٤ ص ٩١٨ ٢٦/١٢/١٩٨٥،=

كان هذا العقد ثابت التاريخ قبل هذا البيع أو حتى لو قام بتسجيل عقده بعد ذلك، إذ أنه ليس للتسجيل أثر رجعي[1].

ولا يغني عن تسجيل عقد الشفيع أن تكون دعوى صحة هذا العقد قد سجلت صحيفتها وتأشيرة الشهر العقاري على صحيفة دعوى الشفعة[2] ويجب على المحكمة أن تتثبت من ملكية الشفيع مما يقدمه من أسناد مثبتة لملكيته ولا يغني عن ذلك مجرد القول أن المحكمة ترى أن منازعة المشتري في الملكية منازعة غير جدية وأن تسوق أسباباً تستدل بها عن عدم جدية المنازعة[3].

في القانون اللبناني: يشترط أن يكون عقد الشفيع مسجلاً قبل تسجيل البيع المشفوع فيه. خاصة وأن القانون اللبناني يتطلب أن يكون العقد المشفوع فيه مسجلاً أيضاً.

- ولا يكفي أن يكون عقد الشفيع مسجلاً قبل انعقاد البيع المشفوع فيه فحسب، وإنما يلزم أن يكون لهذا التصرف وجوداً قانونياً وأن يكون تصرفاً حقيقياً صالحاً لتوليد هذا الحق قبل البيع المشفوع فيه حيث أن التسجيل لا يحصن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ولا يصححه، وكذلك العقد الصوري. كما أنه لا تجوز الشفعة إذا كان التصرف الناشىء عنه حق الشفيع معلقاً على شرط واقف. طالما لم يتحقق الشرط قبل البيع المشفوع فيه. أما إذا كان العقد المسجل قابلاً للإبطال أو معلقاً على شرط فاسخ فإن العقد موجود ومنتج لأثاره

= الطعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥٢ق، ١٩٨٨/٦/٢٢ الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٥ق. كما يذهب جانب من الفقه إلى أن للتسجيل أثر رجعي السنهوري، جـ ٤ فقرة ٢٨٣ ـ ٢٨٦ ص ٥١٩ ـ ٥٣٤، جـ ٩ فقرة ١٨٩ ص ٥٨٣.

(١) ١٩٤٦/١١/٢١ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥، ١٩٥٠/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ٢ ص ٧٤.

(٢) نقض ١٩٥١/١١/٨ مجموعة أحكام النقض س ٣ ص ٣٢.

(٣) نقض ١٩٥٧/٢/٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ١٤٣، ١٩٥٦/١٢/١٣ نفس المجموعة س ٧ ص ٩٨٦ لا يعول في إثبات ملكية الشفيع على ما يرد في عقد المشتري من أن الأرض المبيعة محدودة بملك الشفيع.

إلى أن يحكم بإبطاله أو يتحقق الشرط الفاسخ ولذلك يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة ولكن بشرط ألا يزول حق الشفيع، نتيجة للحكم بإبطال العقد أو لتحقق الشرط الفاسخ، قبل ثبوت الشفعة للشفيع.

(ب) **إذا كان حق الشفيع ناشئاً عن واقعة قانونية**: فإنه يلزم في هذه الحالة أن يكون وجود الواقعة المنشئة لحق الشفيع قبل انعقاد البيع المشفوع فيه.

وعلى ذلك فإذا كان الشفيع قد كسب الحق بالميراث، وجب أن تكون الوفاة سابقة على البيع حيث أن الوارث يتلقى حقه من تاريخ الوفاة دون حاجة إلى أي إجراء آخر. وبالتالي يجوز للوارث لعقارات التركة أن يشفع بها فور وفاة المورث ما دامت هذه الوفاة سابقة على البيع.

وإذا كان حق الشفيع ناشئاً عن التقادم، فينبغى أن تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل البيع المشفوع فيه[1] طبقاً للاتجاه الحديث لمحكمة النقض لم يعد للمشتري الذي يقيم بناءً في الأرض التي اشتراها قبل تسجيلها حق طلب الشفعة على أساس أن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة ٩ من قانون الشهر العقاري إلا بالتسجيل[2]. ولذلك ينبغي لكي يأخذ المشتري بالشفعة أن يكون قد سجل عقده قبل البيع المشفوع فيه، أما بائع العقار فإنه يجوز له قبل تسجيل عقد البيع أن يطلب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً

---

(١) محمد كامل مرسي، جـ٣ فقرة ٢٦ ص ٢٥٦، محمد علي عرفة، هـ ٢ فقرة ٢٧٨، ص ٤٧٣، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٣٤، ص ٣٢١، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٥٢ ص ٣٩٠، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٨٩، ص ٥٨٤، حسن كيرة، فقرة ٣٢٧، ص ٥٨٠ ويستلزم إلى جانب ذلك أن يكون التمسك به قد تم قبل هذا البيع وانظر نقض ٢/٢/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٦٢، من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به ولا يكفي أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك إذ مجرد حيازة الشفيع لا تغني عن إثبات ملكيته».

(٢) نقض ١٩/٦/١٩٦٧٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٠٠٢، ٢٤/١/١٩٧٩ س ٣٠ هـ ١ ص ٣٥٧، ٢٤/٤/١٩٨٠ س ٣١ ص ١٢٠١، ٢٨/١/١٩٨١ س ٣٢ ص ٣٦٧، ٢٥/٢/١٩٨١ س ٣٢ ص ٦٣١، ١٦/٤/١٩٨٦ الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ق.

للعقار، لأنه يظل مالكاً رغم البيع إلى أن يتم التسجيل.

كما أنه لا يجوز للمستأجر الذي يقيم مباني على العين المؤجرة أن يطلب بالشفعة العقار المبيع باعتباره جاراً مالكاً «لأن حقه على هذه المباني لا يعدو أن يكون حقاً مصيره الحتمي إلى الزوال بانتهاء الإيجار إذ لا يكتسب عليها حقاً بوصفها مالاً ثابتاً إلا لفترة محدودة، فلا يجوز له أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير بأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جاراً مالكاً»[1].

٢ ـ يجب أن يظل سبب الشفعة قائماً إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة:

لا يكفي لجواز الشفعة أن يتوفر للشفيع سبب من أسبابها وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل يجب أيضاً أن يظل هذا السبب قائماً إلى أن يتم الأخذ بالشفعة رضاءً أو قضاءً[2] ولا يهم بعد ذلك أن يزول سبب الشفعة ولو كان هذا الزوال بأثر رجعي.

وعلى ذلك إذا زال حق الشفيع أو تخلف شرط لازم لثبوت الشفعة في الفترة بين انعقاد البيع وتمام الأخذ بالشفعة فقد الشفيع حقه في الشفعة. فإذا تصرف الشفيع في حقه بنقله إلى غيره[3] قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حقه في الشفعة لزوال سببها. كذلك إذا كان جاراً مالكاً على الشيوع ثم تمت القسمة أثناء نظر دعوى الشفعة فاختص الشفيع بجزء من الأرض التي يشفع بها لا يتحقق بالنسبة له التلاصق المطلوب لثبوت الشفعة سقط حقه في الشفعة لزوال سببها. أما إذا تم الحكم له بالشفعة قبل إجراء هذه القسمة ثم تمت القسمة بعد ذلك فلا أثر للقسمة على حق الشفيع.

---

(١) نقض ٢٧/ ١٠/ ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٠٩٧.

(٢) قارن حسن كيرة، فقرة ٣٢٨ ص ٥٨٠، ٥٨١ حيث يرى أن ثبوت الشفعة يتحدد بوقت حلول الشفيع محل المشتري، وهذا الحلول أثر مباشر للإرادة المنفردة للشفيع في الأخذ بالشفعة، مما يجعل ثبوتها ووقتها مرتهنين بإعلان الشفيع رغبته في ذلك وبوقت هذا الإعلان.

(٣) بأن يكون قد تم التسجيل حتى ينتقل الحق إلى الغير.

وكذلك إذا حكم بإبطال عقد شراء الشفيع المسجل قبل البيع المشفوع فيه أو إذا تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه قبل ثبوت الشفعة للشفيع باتفاق أو بقضاء سقط حق الشفيع أما إذا حكم بالإبطال أو تحقق الشرط بعد الحكم له بالشفعة أو الاتفاق عليها فلا أثر لزوال حق الشفيع حتى ولو كان هذا الزوال بأثر رجعي.

وإذا كان الشفيع جاراً مالكاً وطلب الشفعة، ثم زال الجوار أثناء نظر دعوى الشفعة، كما لو أنشىء طريق أو مصرف عام ففصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع المشفوع فيه سقط الحق في الشفعة، أما إذا تم ذلك بعد الحكم بالشفعة فلا أثر له على حق الشفيع.

المبحث الثاني: إجراءات الشفعة

ـ فلسفة إجراءات الشفعة:

إذا توفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة حق له أن يطلب الأخذ بالشفعة. فإذا ما استجاب المشتري لهذا الطلب فإن الشفيع يتملك العقار بالتراضي دون حاجة إلى أي إجراءات قضائية. لكن قد لا يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة أو قد لا يسلم المشتري بالشفعة فيظل الحق في الشفعة قائماً مع أنه حق استثنائي يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد. لذلك رسم المشرع للبائع والمشتري طريقاً ليحسما به الأمر وهو توجيه إنذار إلى الشفيع لتبدأ من بعده سلسلة إجراءات يجب أن تتم خلال مواعيد محددة وقصيرة إن لم تراع هذه الإجراءات خلال تلك المواعيد سقط الحق في الشفعة وذلك حتى تستقر الأوضاع ويتبدد عدم الاستقرار بصفة نهائية.

فقد أوجب المشرع في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه من أيهما إليه وإلا سقط الحق في الشفعة، على اعتبار أن هذا الإنذار هو الذي يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع. فإذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بحصول البيع أو إذا وقع هذا الإنذار باطلاً فإن المشرع قد هيأ للمشتري سبيلاً ميسراً ليطمئن معه إلى سقوط الحق في الشفعة فنص في الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ مدني على حق الشفعة يسقط إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وبذلك افترض المشرع افتراضاً لا يقبل إثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشتري. ولكن لما كان

علم الشفيع بوقوع البيع في هذه الحالة ليس إلا علماً افتراضياً فقد أطال المدة التي يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل. فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري قبل انقضائها فقد حفظ حقه من السقوط وتعين عليه اتباع باقي الإجراءات، المنصوص عليها في المادة ٩٤٢، ٩٤٣ مدني[١] وهي إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان ثم يعقب ذلك مباشرة، في خلال نفس المدة، رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام ذات المحكمة ويقوم أيضاً بقيد الدعوى في الجدول وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة. ويحكم في هذه الدعوى على وجه السرعة حتى تستقر الأوضاع. فإذا ما صدر حكم نهائي في الدعوى بثبوت الشفعة فإن هذا الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع وعليه أن يقوم بتسجيله.

هذه هي مجمل الإجراءات الواجبة الاتباع للأخذ بالشفعة. ولكن هذا الإجمال لا يغني عن التفصيل. ولذلك سنعرض أولاً للبداية المحتملة للإجراءات، الإنذار، ثم نتعقب بعد ذلك الإجراءات في مراحلها المتوالية، فندرس في مرحلة أولى، إعلان الرغبة وتسجيله، وفي المرحلة الثانية إيداع الثمن، وفي المرحلة الثالثة والأخيرة رفع الدعوى وقيدها.

ـ البداية المحتملة للإجراءات ـ الإنذار:

وسنعرض هنا للغاية من هذا الإجراء ودوره، ثم لغرضه ونقف على طبيعته، ثم نحدد بياناته وأهميتها:

١ ـ الغاية من الإنذار ودوره:

بادىء ذي بدء يجب أن نبين أن هذا الإنذار وسيلة لكل من المشتري أو البائع للتبكير بحسم الموقف في مواجهة الشفيع[٢] والقصد منه إثبات علم

---

(١) نقض ١٩٦٩/١٢/٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٣٥٠.

(٢) وليس في توجه الإنذار أي معنى لإقرار موجهه بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة، نقض ١٩٨٤/٣/١٤، مجموعة أحكام النقض س ٣٥ ص ٦٧٩، ١٩٨٥/١/٢٠ س ٣٦ =

الشفيع بوقوع البيع بطريقة يقينية وبالتالي إجباره على الولوج إلى إجراءات الشفعة وترقب خطواته فيها إذ قد يغفل عن إتباع إجراء أو عدم اتخاذه في الميعاد المحدد فيسقط حقه في الشفعة. **ولم يقصد المشرع من هذا الإجراء تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه ـ إذ له أن يبادر بإعلان رغبة قبل الإنذار[1] ـ أو أن يجعل منه إجراءً حتمياً يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة، وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع إذا قام المشتري أو البائع بهذا الإنذار**[2].

٢ ـ تعريفه وطبيعته:

الإنذار ورقة من أوراق المحضرين يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات. **فالإنذار** ورقة من أوراق المحضرين يقوم البائع أو المشتري بتوجيهه إلى الشفيع لإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع وإلزامه باتخاذ باقي إجراءات الشفعة خلال المواعيد المنصوص عليها في القانون المدني.

فيترتب على الإنذار أن يقوم الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٠ مدني).

يتضح من ذلك أن المشرع لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثاني إذا رد عليه بالقبول وإنما أراد المشرع أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي

= ص ١٣٣ فهو مجرد تنبيه إلى إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة إذا تحققت شروطها مشار إليهما في حسن كيرة، فقرة ٣٣٩ ص ٦٠٩ هامش ١.

(١) نقض ٢٦/١٢/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٥٩٤. نقض ١٢/٣/١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٨٧٦، ١٧/٣/١٩٨١ س ٣٢ ص ٨٣٨ ولكن على الشفيع التزام باقي المواعيد.

(٢) ١٧/٣/١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٧٣٨.

كانت تثور في شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في حالة إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدءً لافتتاح إجراءات الشفعة في حالة إبداء الرغبة خلالها. أما التراضي الذي ينتج أثره في إتمام الشفعة فهو ذلك الذي يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته في الشفعة[١].

٣ ـ بياناته وجزاء تخلفها:

تنص المادة ٩٤٠ مدني مصري على أنه «يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً:

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع، واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه.

ويتضح من هذا النص أن البيانات التي استلزمها المشرع في الإنذار تهدف إلى جعل الشفيع يعلم علماً شاملاً بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه[٢].

وكفاية البيان في شأن تعريف الشفيع بالعقار تعريفاً نافياً للجهالة[٣]. تعتبر مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع بما له من سلطة تقديرية ودون رقابة من محكمة النقض، طالما أنه أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه[٤].

---

(١) نقض ١٤/٥/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٤٢٦.

(٢) نقض ٢١/٢/١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٨٣.

(٣) وقد كان النص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي (م ١٣٨٩) ينص على: «بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً، مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته» وذلك على غرار نص المادة ٢١ من قانون الشفعة السابق. ولكن لجنة المراجعة قد حذفت هذه التفصيلات باعتبار أنه لا حاجة لها (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٦ ص ٤١٧، ٤١٨).

(٤) نقض ١٢/١/١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ١ ص ١٧٤.

ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لعلم المشتري بوقوع البيع وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيانات وبالتالي لا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التي حددها القانون[1] اللهم إلا إذا لم يتم الإنذار فيفترض علم الشفيع بوقوع البيع من يوم تسجيل المشتري لعقده[2].

وإذا لم يتم الإنذار فقد لا يتسنى للشفيع العلم الكافي ببيانات البائع والمشتري واللذين سيوجه إليهما إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خلال الأربعة أشهر التالية ليوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨/ب مدني) ولذلك قضت محكمة النقض «أن الشفيعة لا تسأل عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين»[3] وبذلك تتجلى أهمية الإنذار أكثر فأكثر.

ولذلك رتب القانون على تخلف أحد البيانات السابقة بطلان الإنذار، فالهدف من الإنذار هو إعلام الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه لإتاحة الفرصة له لإبداء رغبته في الأخذ بالشفعة إن شاء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه، فإن خلا الإنذار من بيان موطن البائعة مثلاً، فإنه يقع باطلاً ولا تنفتح به المواعيد التي يتحتم خلالها على الشفيع إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة[4]. لكن لا يترتب البطلان في حالة ما إذا كان البيان الذي لم يتم ذكره لا يتعلق بالشروط الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها، مثال ذلك أن الإنذار الموجه من المشترين إلى الشفيع لم يشتمل على بيان حصة كل مشتر في بيع على الشيوع، حيث أن هذا البيان لا ينفع الشفيع في تقديره لموقفه من حيث الأخذ بالشفعة أو تركها، ذلك أنه لا يجوز له في جميع الأحوال إلا أن يشفع في العقار المبيع كله، وكذلك عدم اشتماله على بيان محل إقامتهم والاكتفاء بذكر

---

(١) نقض ٢١/٢/١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٨٣.

(٢) نقض ٢٥/١٢/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٣٥٠، ٢١/٢/١٩٨٠ السابق الإشارة إليه.

(٣) نقض ٢١/٢/١٩٨٠ السابق الإشارة إليه.

(٤) نقض ١٨/٢/١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٥٤٩.

موطنهم المختار لا يترتب عليه بطلانه[1].

ويجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع أو الشفعاء في حالة تعددهم. وفي الحالة الأخيرة يجب أن يوجه الإنذار إليهم جميعاً على اختلاف طبقاتهم في ترتيب الشفعاء دون الاكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى، وذلك لاحتمال ألا يرغب أحد منهم في الأخذ بالشفعة مما يفتح الشفعة لمن هم أدنى منهم في الطبقة[2]. وإغفال إنذار أي من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلاً فلا ينفتح به إجراءات الشفعة. وينبغي أن يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل منهم[3].

المرحلة الأولى: إعلان الرغبة وتسجيلها

إجراءات الشفعة الحقيقية تبدأ بإعلان الرغبة، حيث أن الإنذار قد يتم وقد لا يتم. كما لا يقصد المشرع من هذا الإنذار تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه إذ له أن يبادر بإعلان الرغبة قبل الإنذار ـ أو أن يجعل منه إجراءً حتمياً يتوقف على اتخاذه صحة إعلان الرغبة، وإنما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع إذا فرض وإن قام المشتري أو البائع بهذا الإنذار[4]. فلم يستلزم المشرع في إعلان الرغبة أن يكون حاصلاً بعد الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري[5].

ولدراسة إعلان الرغبة باعتباره من أهم إجراءات الشفعة يجب أولاً أن

---

(١) نقض ٩/٣/١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٦٤٦ ومن ذلك أيضاً عدم ذكر شرط منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن. لأنه ملزم في جميع الأحوال بإيداع كل الثمن الحقيقي خلال الميعاد المنصوص عليه نقض ٧/١١/١٩٦٣ ص ١٤ ص ١٠١١.

(٢) السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٠٤ ص ٦٢٥، حسن كيرة، فقرة ٣٣٩ ص ٦٠٩.

(٣) حسن كيرة، فقرة ٣٣٩ ص ٦١٠.

(٤) نقض ٢٦/١٢/١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٥٩٤. نقض ١٧/٣/١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٨٣٨.

(٥) نقض ٢٦/١٢/١٩٦٨ السابق الإشارة إليه ١٣/٣/١٩٨١ ص ٣٢ ص ٨٧٦، نقض ٢٤/١١/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ١٠٣٩.

نتعرف عليه ونبين أثره، ثم بعد ذلك نبين كيف يتم وميعاده، وأخيراً تسجيل هذا الإعلان وأثره، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتوالي البيوع.

أولاً: التعريف به وأثره:

اشترط القانون المدني في إعلان الرغبة أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً (م ١/٩٤٢ مدني).

ـ وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين، يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات[1] وعندما يحدد القانون طريقة خاصة للإعلان، وهو الإعلان الرسمي على يد محضر، فإنه لا مجال للاعتداد بأية وسيلة أخرى.

ـ وإعلان الرغبة يتم إلى كل من البائع والمشتري. فإن لم يتم على هذا النحو سقط الحق في الشفعة. والحكمة من ذلك واضحة حيث أن كل هذه الإجراءات بحسب مآلها ستنتهي بحلول الشفيع محل المشتري في العقد الذي يربطه بالبائع. ولذلك كان طبيعياً أن يستلزم القانون إعلان الرغبة إلى كل من المشتري والبائع، وأن إعلان الرغبة لأحدهم لا يغني عن إعلانها للآخر. ولا يلزم أن تعلن الرغبة إلى البائع والمشتري في نفس الوقت المهم أن يتم إعلانها في خلال الميعاد إلى كل منهما سواء كان هذا الإعلان متعاصراً أو متعاقباً. ويجب مراعاة هذه القاعدة أيضاً عند تعدد البائعين أو المشتري أو عند تعددهم معاً. ويتم إعلان الرغبة في موطن البائع والمشتري.

ـ ولم يذكر المشرع البيانات الواجب توافرها في إعلان الرغبة كما فعل ذلك بالنسبة للإنذار. ولكن يمكن أن يبرر ذلك بأن إعلان الرغبة الذي يعقب

---

(١) نقض ١٦/٣/١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٧٠٥.
ويلاحظ أن بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدي ببطلان إعلان الرغبة في الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض، نقض ٢٤/٦/١٩٨٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٣ ص ٨٢٧.

الإنذار سوف يستمد البيانات اللازمة لهذا الإعلان من الإنذار نفسه. فإن لم يكن هناك إنذار سابق لإعلان الرغبة فإن الشفيع يستطيع أن يستمد المعلومات اللازمة من الشهر العقاري عندما يكون عقد البيع مسجلاً. ولكن الصعوبة يمكن أن تثور عند إعلانه عن الرغبة ولم يكن هناك إنذار أو تسجيل سابق فإن هذا سيلقي عليه عبء التقصي عن البيانات اللازمة للإعلان، ومحكمة النقض قد قضت بأن «الشفيعة لا تسأل عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين»[1].

ـ وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين، يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات. ولا يحكم بالبطلان بالرغم من النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء (م ٢٠/ ١ من قانون المرافعات) كما أن البطلان يزول إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام. ولذلك قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان من الثابت أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان إلى المطعون ضده الأخير بتاريخ ٢٠/ ١٠/ ١٩٧١ في محل تجارته وليس في موطنه فرد عليه بإعلان وجهه إليهما في ٣/ ١١/ ١٩٧١ أقر فيه أنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع إلى تصحيحها وعرض على الطاعنين الحلول محله في عقد البيع بالثمن الحقيقي والنفقات الحقيقية دون أن يتمسك بأي اعتراض أو تحفظ في شأن بطلان إعلان الرغبة **مما يدل على تحقق الغاية التي يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما اعتراه من بطلان نسبي شرع لمصلحته**. فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى إلى تأييد القضاء بسقوط الحق في الشفعة لبطلان إعلان الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه»[2].

---

(١) نقض ٢١/ ٢/ ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٨٣.

(٢) نقض ١٦/ ٣/ ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٧٠٥.

كما أن بطلان إجراءات الإعلان لا تتصل بالنظام العام فلا يجوز للطاعنين التحدي ببطلان إعلان الرغبة في الشفعة لأول مرة أمام محكمة النقض[١].

لكن فيما وراء ذلك فإن أي مخالفة لأحكام إعلان الرغبة يترتب عليها سقوط الحق في الشفعة. وهذا السقوط متعلق بالنظام العام يجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتحكم المحكمة به من تلقاء نفسها إذا لم يحصل تمسك به حتى إذا نزل عن التمسك به صاحب الحق فيه[٢].

ـ إذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة على النحو السابق بيانه، ولم يعقب ذلك بالإجراءات التالية لذلك، كان لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع الدعوى في الميعاد القانوني سقط حقه في الشفعة. ولكن يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها، وذلك ما لم يقبل المشتري طلب الشفيع أو يسلم له بالشفعة ويخطره بهذا القبول حيث يكون هناك تعاقد صريح لا يجوز الرجوع فيه إلا بتراض جديد[٣].

ثانياً: كيف يتم وميعاده:

وهنا سنعرض كيف يتم إعلان الرغبة، ثم بعد ذلك نبين الميعاد الذي يجب أن يتم خلاله.

١ ـ كيف يتم إعلان الرغبة:

وسنعرض هنا لما جرى عليه العمل وموقف القضاء منه.

(أ) المبادرة بإعلان الرغبة قبل الإنذار:

سبق أن رأينا أن للشفيع أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك[٤] وهذا الإعلان

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ٨٢٧.

(٢) السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٠٥ ص ٦٤٤ هامش ٢، حسن كيرة، فقرة ٦٤١ ص ٦١٤.

(٣) انظر محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٤١٧ ص ٦٣١.

(٤) نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٥٩٤، ١٩٨١/٣/١٢ =

ينتج جميع آثاره القانونية فيسري من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً الذي أوجب القانون أن يتم في خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة. وذلك لأن المشرع قد نص في المادة ٩٤٢/٢ وفي المادة ٩٤٣ من القانون المدني على سريان ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة الوارد ذكره في المادة ٩٤٢/١ ولم يعلق سريانه على انقضاء ميعاد الخمسة عشرة يوماً الواردة في المادة ٩٤٠ وكل ما اشترطه القانون في هذا الإعلان هو أن يكون رسمياً وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلاً بعد الإنذار الذين يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع[1].

(ب) إعلان الشفيع رغبته في ذات إعلان صحيفة دعوى الشفعة:

إن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدني في إعلان الرغبة أن يكون رسمياً، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته في ذات إعلان الصحيفة، ما دام قد تم في الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة[2].

وعلى ذلك يصح للشفيع أن يستغني عن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة يرفع الدعوى رأساً على كل من البائع والمشتري إلا أنه يشترط أن تعلق صحيفة الدعوى في هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة في الأخذ بالشفعة حاصلاً في الميعاد القانوني[3].

= س ٣٢ ص ٨٧٦، ١٧/٣/١٩٨١ س ٣٢ ص ٨٣٨.

(١) نقض ١٧/٣/١٩٨١ السابق الإشارة إليه.

(٢) نقض ١٠/١٢/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٢٢٧.

(٣) نقض ٢٣/٥/١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ٥٧٣، انظر منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٠ ص ٤٣٣، السنهوري، هـ ٩ فقرة ٢٠٤، ص ٦٢٧، فقرة ٢٠٥ ص ٦٣٢، وقارن حسن كيرة حيث يرى أنه في ظل قانون المرافعات الجديد أنه أصبح من المتعذر، إن لم يكن من المستحيل ـ الاستغناء عن إعلان، الرغبة بإعلان صحيفتها فقرة ٣٣٩ ص ٦٠٧ هامش ١.

٢ ـ ميعاد إعلان الرغبة:

وهذا الميعاد يختلف بحسب ما إذا كان هناك إنذار أم لا، وفي حالة ما إذا كان عقد البيع مسجل أم لا، ولذلك سنعرض لهذه الحالات.

(أ) في حالة ما إذا كان هناك إنذار:

يجب على الشفيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط الحق في الشفعة (م ٩٤٠ مدني).

وأراد المشرع بهذا الإنذار الرسمي أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في حالة إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدءً لافتتاح إجراءات الشفعة في حالة إبداء الرغبة خلالها(١) فهذا الإنذار هو الذي يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع(٢).

وتحسب مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله إذ بذلك يتحقق علم الشفيع بوقوع البيع. وهذا الميعاد ميعاد ناقص أي يجب أن يتم إعلان الرغبة خلاله، أي قبل أن ينقضي، والعبرة في ذلك بحصول الإعلان **فعلاً** إلى البائع والمشتري لا بتاريخ تسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين(٣) وإذا لم يتم إعلان الرغبة على هذا النحو سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. ولذلك فإن هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم.

---

(١) نقض ١٤/ ٥/ ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٤٢٦، ٢٥/ ١٢/ ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٣٥٠، ٢١/ ٢/ ١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٨٣، ١٢/ ٣/ ١٩٨١ س ٣٢ ص ٨٧٦، ١٧/ ٣/ ١٩٨١ ص ٣٢ ص ٨٣٨.

(٢) نقض ٢٥/ ١٢/ ١٩٦٩ السابق الإشارة إليه والأحكام السابقة.

(٣) نقض ١٢/ ٤/ ١٩٤٥ مجموعة عمر، هـ ٤ رقم ٢٣٤ ص ٦١٦، محمد علي عرفة جـ ٢ فقرة ٢٨٩ ص ٤٨٥، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٠٦ ص ٦٣٨، حسن كيرة، فقرة ٣٣٩ ص ٦١١.

ويبدأ حساب ميعاد الخمسة عشر يوماً من اليوم التالي لتاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيـع ويستمر إلى نهاية اليوم الخامس عشر. ويزاد على تلك المـدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، كل ذلك طبقاً لقواعد قانون المرافعات.

(ب) في حالة عدم وجود إنذار وكان عقد البيع مسجلاً:

فقد افترض المشرع ألا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بحصول البيع أو أن يقع الإنذار باطلاً فحتى لا يظل الحق في الشفعة قائماً مع أنه حق استثنائي يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد فقد هيأ المشرع، سبيلاً ميسراً للمشتري يطمئن معه إلى سقوط الحق في الشفعة فنص في المادة ٩٤٨/ ب مدني على **أن حق الشفيع يسقط إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.**

وبذلك يكون المشرع قد افترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشتري. لكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع في هذه الحالة ليس إلا علماً افتراضياً فقد أطال المدة التي يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل، سواء كان تسجيل للعقد أو تسجيل للحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد. وبالتالي لا عبرة بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري على البائع حتى ولو تم التأشير على هامشها بالحكم الصادر فيها فيما بعد حيث أن المعول عليه في حساب الميعاد هو تاريخ التأشير[1] لا تاريخ تسجيل الصحيفة.

فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري قبل انقضاء أربعة أشهر من وقت التسجيل فيكون قد حفظ حقه من السقوط[2]

---

(١) انظر نقض ١٣/ ٤/ ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ١ ص ٤٢٥، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٠٦ ص ٦٤٣ هامش ٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٧٤ ص ٤٤٠، حسن كيرة، فقرة ٣٤٠ ص ٦١٣.

(٢) نقض ٢٥/ ١٢/ ١٩٦٩ السابق الإشارة إليه.

وتعين عليه اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ٢/٩٤٢، ٩٤٣ مدني على النحو الذي سوف نراه.

وإذا فرض وأن تم الإجراءان، إنذار الشفيع وتسجيل عقد البيع فالفيصل في ذلك هو تعاصرها أم تعاقبهما. فإذا بدأ المشتري أو البائع بإنذار الشفيع، وكان ميعاد الخمسة عشر يوماً قد بدأ وانتهى قبل التسجيل دون إعلان الرغبة خلاله سقط حق الشفيع بصفة نهائية، وبالتالي لا ينفتح له ميعاد جديد، الأربعة الأشهر، بعد التسجيل. أما إذا تعاصرا الإجراءان وبالتالي كان للشفيع ميعادين فالعبرة بأقصر الأجلين الخمسة عشر يوماً أو الأربعة أشهر، فإذا كان الإنذار قد تم ثم بعد عشرة أيام من تسلم الشفيع له قام المشتري بتسجيل عقده فإن حقه في الشفعة يسقط بتمام الخمسة عشر يوماً إذا لم تعلن رغبته خلالها، والعكس إذا كان المشتري قد بدأ بتسجيل عقده وبعد ثلاثة أشهر وعشرين يوماً قام البائع أو المشتري بإنذار الشفيع فإن حقه يسقط بتمام الأربعة أشهر إذا لم يعلن رغبته في الشفعة خلالها حتى ولو ما زال ميعاد الخمسة عشرة يوماً قائماً[1]. ولذلك فإن ميعاد الأربعة أشهر لإعلان الرغبة من وقت التسجيل يعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم.

وكيفية حساب مدة الأربعة أشهر من التسجيل تتم على النحو السابق بيانه بصدد ميعاد الإنذار وطبقاً لقواعد قانون المرافعات.

(جـ) إذا لم يكن هناك إنذار ولا تسجيل لعقد البيع:

سبق أن رأينا أن الإنذار ليس إجراء حتمياً وبالتالي قد لا يقوم به البائع أو المشتري. كما أن الغالب ألا يقوم المشتري بالتسجيل. كل هذا بطبيعة الحال لا يمنع الشفيع من أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول إنذار إليه أو قيام المشتري بالتسجيل. لكن إلى متى يكون له الحق في إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة حيث أن في هذا الفرض ليس هناك مواعيد محددة تقيده.

---

(١) في هذا المعنى عزت حنورة، فقرة ١٥٤ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩، حسن كيرة، فقرة ٣٤٠ ص ٦١٣.

لم يحدد التقنين المدني الحالي، على خلاف قانون الشفعة السابق، ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع. وعلى ذلك فإن للشفيع الحق في إعلان رغبته، طالما لم ينزل عن حقه في الأخذ بالشفعة في ذلك إلى أن يسقط حقه في الشفعة طبقاً للقواعد العامة، أي بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ البيع المشفوع فيه[1].

ثالثاً: تسجيل إعلان الرغبة وأثره:

يجب أن نشير منذ البداية أن إعلان الرغبة في الشفعة هو الإجراء اللازم والضروري الذي يجب أن يقوم به الشفيع إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة. أما تسجيل هذا الإعلان فله هدف محدد هو الاحتجاج بإعلان الرغبة على الغير (م ٩٤٢/ ١ مدني). والمقصود بالغير هنا الأشخاص الذين يتصرف إليهم المشتري في العقار أو تترتب لهم حقوق على العقار ضد المشتري (م ٩٤٧ مدني). وبذلك تتجلى أهمية مبادرة الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة.

وعلى ذلك فإذا سجل الشفيع إعلان الرغبة، فإن هذا الإعلان يكون حجة على الغير، وبالتالي لا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري أو أي حق ترتب ضده. وفي ذلك نصت المادة ٩٤٧ مدني بقولها: «لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن العقار».

ـ وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة[2]، فلا

---

(١) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٥٥٠ ص ٥٢٦، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٨٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥ ص ٣٤٤، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٠٦ ص ٦٤٦ حسن كيرة، فقرة ٣٤٢ ص ٦١٥.

(٢) المعول عليه هو وقت التسجيل إعلان الرغبة وبالتالي لا عبرة في هذا الصدد بوقت إعلان الرغبة أو إقامة الدعوى أو صدور حكم ابتدائي فيها طالما أن المشرع حدد إجراء معيناً بشكل محدد وعلق على تاريخ هذا الإجراء إحداث أثر قانوني معين، فلا يجوز =

يسري هذا البيع في حق الشفيع، وبناءً عليه فإن حقه في الأخذ بالشفعة من المشتري الأول يظل قائماً وبالشروط التي اشترى بها[1]، وبالتالي لا يلتزم بإدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة. لكن لما كان هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع لذلك فإنه يبقى له الخيار مفتوحاً بين البيع الأول والبيع الثاني، فله أن يترك البيع الأول ويطلب الشفعة في البيع الثاني إذا كان له في ذلك مصلحة، بأن كانت شروطه أفضل من البيع الأول مثلاً، لكن يجب عليه في هذه الحالة أن يباشر إجراءات الشفعة ابتداءً بالنسبة للبيع الثاني، حيث لا عبرة بما قام به من إجراءات بصدد البيع الأول[2].

أما بالنسبة للحقوق الأخرى التي يرتبها المشتري أو تترتب ضده بعد تسجيل إعلان الرغبة، كالرهن أو الاختصاص، فهي لا تسري أيضاً في حق الشفيع. ويترتب على ذلك أن الشفيع يتلقى العقار المشفوع فيه ـ إذا ما حكم له بالشفعة خالياً من هذه الحقوق. ولكن مثل هذه الحقوق لا تكون عديمة الأثر حيث أنها تتعلق بالمظهر المالي للعقار، ولذلك إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع فيباشر أصحاب هذه الحقوق ما لهم من أولوية على الثمن الذي يسترده المشتري ـ بمقتضى الشفعة ـ إن كانت حقوقهم مستحقة الأداء، أو تنتقل حقوقهم إلى هذا الثمن بمقتضى الحلول العيني إن لم تكن مستحقة الأداء[3].

= القول بحدوث ذلك الأثر استناداً إلى تاريخ أي إجراء آخر ولو في ذات الخصومة ما دام لم يرد في النص المعين لذلك الإجراء ما يفيد ذلك. نقض ١٩٨٧/١١/٢٥ الطعن رقم ١١٩٧ لسنة ٥٣ق.

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٣٣ ص ٨٢٧.

(٢) إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٨٧، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٣٠٤ ص ٤٩٤، السنهوري، جـ ٩ فقرة ١٧٢ ص ٥١٩، جمال الدين زكي، فقرة ٢٢٨ ص ٤٢٠ قارن حسن كيرة، فقرة ٣٤٥ ص ٦١٧ هامش ١ حيث يرى أن ذلك يتنافى مع أن الشفيع لا يملك بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. (في البيع الأول) ـ الرجوع في ذلك بإرادته المنفردة طبقاً لوجهة نظره.

(٣) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥.

- **قبل تسجيل إعلان الرغبة**: تسري في حق الشفيع تصرفات المشتري والحقوق التي ترتبت ضده.

مشكلة توالي البيوع: تنص المادة ٩٣٨ مدني على أنه «إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها».

يتضح من ذلك أنه إذا باع المشتري العقار قبل إعلان أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإن هذا البيع يسري في حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، وإذا توالت البيوع بعد ذلك تطبق نفس القاعدة. لكن تطبيق هذه القاعدة مشروط بشرطين:

الأول: نص عليه المشرع في المادة ٩٣٨ مدني وهو أن يكون البيع الثاني مما تجوز الشفعة فيه.

والثاني: اشترطه القضاء وهو ألا يكون البيع الثاني صورياً[١].

وعلى ذلك يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: إذا كان البيع الثاني حقيقياً وتجوز فيه الشفعة وقد تم قبل إعلان أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسري في حق الشفيع[٢] ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها. ومقتضى ذلك أن يقوم الشفيع بتوجيه الإجراءات إلى كل من المشتري الأول بصفته بائعاً والمشتري الثاني، بصفته المشفوع منه، ولا يلزم

---

(١) نقض ١٩٨١/١/٦ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ١١٠، ١٩٨١/٢/٢٦ س ٣٢ ص ٦٧٧، ١٩٨١/٥/٢٧ س ٣٢ ص ١٦٢٧.

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/١٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ١٨٩١، ١٩٧٨/٢/٢٨ س ٢٩ ص ٦٢٢.

اختصام البائع الأول[1] ولا يلزم أن يكون البيع الثاني مسجلاً، فيكفي أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة[2] بل لا يشترط أن يكون ثابت التاريخ[3] شأنه في ذلك شأن البيع الأول المشفوع فيه.

الفرض الثاني: إذا كان البيع الثاني حقيقياً قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة، ولكنه لا يجوز فيه الشفعة[4]، كما إذا باع المشتري العقار لشخص لا تجوز الشفعة ضده، كما لو باعه لأحد أصوله أو فروعه أو لزوجه أو لقريب لغاية الدرجة الرابعة أو لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية، فلا يجوز للشفيع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة لا في البيع الأول، حيث أنه لم يعد يعتد به[5]، ولا في البيع الثاني لقيام المانع. وهذا الفرض يكشف بجلاء أيضاً أهمية تسجيل إعلان الرغبة، لأن البيع الثاني أياً كان صفته لو كان قد تم بعد التسجيل فلا يسري في حق الشفيع ويبقى حقه في الأخذ بالشفعة قائماً بالنسبة للبيع الأول فقط وعليه أن يستمر في باقي إجراءات الشفعة:

الفرض الثالث: إذا كان البيع الثاني قد تم قبل إعلان أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل إعلان هذه الرغبة ولكنه كان صورياً، في هذه الحالة

---

(١) نقض ٢٨/٥/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س ٤ ص ١٠٩٠، نقض ٤/٣/١٩٥٤ س ٥ ص ٥٨٣.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٧٢ ص ٥٢٣، ٥٢٤، حسن كيرة، فقرة ٣٤٥، ص ٦١٩.

(٣) حسن كيرة، نفس المرجع ونفس الموضع.

(٤) ولا يلزم أن يكون تصرف المشتري في العقار بيعاً وإنما يجوز أن يكون تصرفه قبل تسجيل إعلان الرغبة تصرفاً لا تجوز الشفعة فيه كما لو وهبه أو قايض عليه، فهذه التصرفات ستسرى في حق الشفيع وبالتالي لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول انظر في ذلك منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٤٤ وانظر عكس ذلك محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٣.

(٥) إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٨٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ١٧٢ ص ٥٢١، حسن كيرة، فقرة ٣٤٥ ص ٦١٩.

يكون للشفيع الذي يدعي صوريته، باعتباره من الغير، إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات، فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني[1] أو البيوع المتتالية بما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الأخير. على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة هذا المشتري الأخير لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفي صورية عقد سلفه وإثبات حقه ليكون الحكم الذي يصدر بشأن هذا العقد حجة له أو عليه. ولما كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التي يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا، **فإنه يترتب على عدم اختصام أحد المشترين الأخيرين عدم قبول دعوى الشفعة**[2].

وعلى ذلك نستطيع أن نستخلص القاعدة الآتية، أنه إذا ادعى الشفيع صورية البيع الثاني وأفلح في إثباته اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له بما يغني عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني. **لكن** يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني (أو المشتري الأخير في حالة البيوع المتتالية) لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون ذلك حجة له أو عليه. **ويتحقق ذلك باختصامه ابتداءً في دعوى الشفعة أو بإدخاله أو بتدخله في الدعوى دون اعتداد بأن يتم هذا الإدخال أو التدخل في المواعيد المحددة لطلب الشفعة**، وعندئذٍ يتعين على المحكمة أن تفصل في الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية أو انتفائها، وبصدور الحكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشتري الثاني تصح إجراءات طلب الشفعة في البيع الأول[3]. وإن حكم ضده بعدم صورية عقد المشتري

---

(١) نقض ٦/ ١/ ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ١١٠.

(٢) نقض ٢٦/ ٢/ ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٦٧٧، ٣٠/ ١٢/ ١٩٨٢ س ٣٣ ص ١٢٨٩.

(٣) انظر نقض ١١/ ١١/ ١٩٨٧ الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٥٤ق، ٢/ ١٢/ ١٩٨٧ الطعن رقم ٣١٥ لسنة ٥١ق، نقض ١٩/ ٣/ ١٩٨٥ الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٥١ق، ١٢/ ٢/ ١٩٨٥ =

الثاني يلزم الشفيع اتخاذ إجراءات الشفعة في مواجهة المشتري الثاني ولا عبرة لما اتخذ من إجراءات بصدد البيع الأول.

المرحلة الثانية: إيداع الثمن

إذا كان إعلان الرغبة يفيد عزم الشفيع على أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة، إلا أن هذا وحده لا يكفي وإنما يلزم المضي في باقي الإجراءات وخلال المواعيد المحددة وإلا سقط الحق في الشفعة. وعلى ذلك يجب أن يعقب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إيداع الثمن خلال ميعاد معين وفي مكان معين. وذلك لضمان الجدية في طلب الشفعة. ولكن يجب أن نحدد ما يجب على الشفيع إيداعه، ثم نبين ميعاد ومكان الإيداع، وأخيراً نقف على جزاء الإخلال بأحكام الإيداع بالثمن.

أولاً: ما يجب إيداعه:

وهنا سنجد أنه على الشفيع أن يودع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، ولكن لا يلزم إيداع ملحقات الثمن وغير ذلك من مبالغ مستحقة للمشتري.

١ - يجب إيداع كل الثمن الحقيقي:

تنص المادة ٢/٩٤٢ مدني على أنه «... يجب أن يودع... كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع...».

والحكمة من إيداع الثمن هو ضمان الجدية في طلب الشفعة، وقطع الطريق على المضاربين، حيث كان يتخذ من مجرد ثبوت الحق في الشفعة وسيلة للابتزاز والمساومة، فاستلزام المشرع إيداع الثمن كان الإجراء الحاسم في قطع دابر هذه المساومات واختفاءها.

وتطلب المشرع أن يكون الإيداع لكل الثمن الذي حصل به البيع[1]

= الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ق. وأخيراً انظر نقض ١٩٨٨/٢٠ الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥٥ق.

(١) نقض ١٩٨٣/٢/٣ مجموعة أحكام النقض س ٣٤ ص ٣٨٦، حيث قضت المحكمة بأن: «.. إيداع كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في الميعاد والكيفية التي =

وبالتالي فلا يكفي أن يودع الشفيع جزء من الثمن ولو كان معظمه، حتى ولو كان البائع قد منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن[1].

وفي مقابل ذلك فإن الشفيع غير ملزم إلا بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، «ولذلك فإن اشتراط إيداع الثمن المسمى في العقد ولو كان صورياً يعد قيد لا يحتمله النص»[2] وهذا النص يواجه الفرض الغالب حيث أنه غالباً ما يتوطأ البائع والمشتري على وضع ثمن في العقد لا يمثل الحقيقة بقصد تعجيز الشفيع في طلب الشفعة[3]. لذلك أراد المشرع أن يعاملهم بنقيض قصدهما واستلزم من الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع والطعن بالصورية في الثمن ولكن كل ذلك يتحمل الشفيع مخاطره وحده كما سوف نرى.

وبصدد الطعن في الثمن بالصورية من جانب الشفيع يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان الشفيع يطعن في الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقي، وقام بإيداع الثمن الذي قدر أنه الثمن الحقيقي. عندئذٍ يقع عليه عبء إثبات هذه الصورية وله أنه يثبتها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن لأنه يعتبر من الغير في خصوص الصورية على النحو السابق بيانه[4]. ولكنه إذا عجز عن إثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانون إن كان المبلغ الذي أودعه يقل عن الثمن المسمى في

= حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إذا أخل الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تثير ذلك من تلقاء نفسها باعتبارها مسألة متعلقة بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع».

(١) نقض ٧/ ١١/ ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١٠١١.

(٢) نقض ١/ ٤/ ١٩٨٠ س ٣١ ص ١٠٠٦.

(٣) نقض ٥/ ١٢/ ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١١٣١.

(٤) نقض ٢/ ٤/ ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٣٠٣.

العقد[1] وبالتالي يسقط حقه في الأخذ بالشفعة ولا يقبل منه تكملة الثمن بعد ذلك ويستفاد من ذلك أن الطعن بالصورية في الثمن لا يعفي الشفيع من إيداع هذا الثمن. لأنه لو أودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي في هذه الحالة يكون مجازفاً فيحتمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق في إثبات هذه الصورية[2].

الفرض الثاني: إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فعلاً، وهذا متصور إذا كان البائع والمشتري جعلا الثمن المسمى في العقد أقل من الثمن الحقيقي للتهرب من رسوم التسجيل مثلاً.

القاعدة في هذا الصدد، هي أنه إذا كان الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع المشفوع فيه وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أنه شرط ذلك أن يكون الشفيع حسن النية، بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة فإذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد[3].

وبناءً على ذلك إذا كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صورياً وأقل من الثمن الحقيقي فإن للشفيع ـ باعتباره من الغير في هذا العقد ـ إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه[4].

---

(١) نقض ٥/١٢/١٩٦٣ السابق الإشارة.

(٢) نقض ١/٥/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٧٠٦. ومما تجدر الإشارة إليه أنه: «إذا كانت محكمة الموضوع قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات عقد شراء الطاعنين وكان الثابت أنها استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الأخرى التي استندت إليها أن هذا العقد جدي ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صوري فلا تناقض بين الأمرين نقض ٢/٤/١٩٥٩ س ١٠ ص ٣٠٣.

(٣) نقض ٣٠/١٢/١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١٣٨٤، ١٣/١٢/١٩٧٩ س ٣٠ ع ٣ ص ٢٦١. وانظر في تفصيل ذلك كتابنا في أحكام الالتزام ص ١٦٩ وما بعدها.

(٤) نقض ٢٧/١١/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٥١٥، انظر ما سبق أن بيناه بصدد شروط العقد المشفوع فيه وبصفة خاصة اختلاف الفقه حول هذه المسألة.

ولكن إذا لم يتوافر للشفيع وسيلة للعلم بالثمن الذي حصل به البيع لأنه لم يتم إنذاره من جانب البائع أو المشتري، كما أن المشتري لم يقم بتسجيل عقده. فهل يجازف ويدفع الثمن الذي يعتقد أنه يقابل قيمة العقار؟ في هذه الحالة إذا اتضح أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع فهل يسقط حقه في الشفعة أم يستطيع تكملة المبلغ المودع بعد معرفته بالثمن الحقيقي».

سبق أن رأينا أن محكمة النقض قضت بأن الشفيعة لا تسأل عن التأخير في إعلان أحد البائعين لصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين»[١]. ولذلك قد سارت محكمة النقض في هذا الاتجاه وقررت صحة الإيداع الذي قام به الشفيع طالما أنه تم وفقاً للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها وسمحت للشفيع أن يقوم بتكملة الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع بعد معرفته به قبل رفع الدعوى[٢] ولا شك في عدالة هذا القضاء لأنه يرشد الجزاء المقرر وهو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة ولا يحكم به إلا إذا كان هناك محل من الناحية القانونية للحكم به فحيث يعدم الشفيع الوسيلة لمعرفة بيان جوهري متعلق بالعقد المشفوع فيه دون أن ينسب إليه خطأ أو تقصير فمن العدالة ألا يتعرض لمثل هذا الجزاء الشديد[٣].

٢ ـ لا يلزم الشفيع بإيداع الملحقات أو غيرها من مبالغ مستحقة للمشتري:

ويقصد بالملحقات هنا، ملحقات الثمن أي المصروفات التي ثم إنفاقها في سبيل إتمام عقد البيع، كنفقات كتابة العقد ورسوم التوثيق أو التصديق على التوقيعات، ورسوم «الدمغة»، وكذلك المصروفات الأخرى كالسمسرة وغيرها

(١) نقض ٢١/ ٢/ ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٥٨٣.
(٢) نقض ٢٩/ ١٢/ ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض س ٣٤ ص ١٩٩٣.
(٣) وانظر في تأييد هذا القضاء حسن كيرة، فقرة ٣٤٧ ص ٦٢٣، عزت حنورة، فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ وما بعدها.

من المصروفات التي تحملها المشتري في إتمام العقد[1] والتي يجب على الشفيع أن يردها له.

أما المبالغ الأخرى التي يمكن أن تستحق للمشتري، فهي مقابل البناء أو الغراس والتي يلتزم الشفيع بدفعها للمشتري (م ٩٤٦ مدني).

ـ **القاعدة بالنسبة للملحقات** لا يلزم الشفيع بإيداعها مع الثمن ولا يترتب على عدم إيداعها سقوط حقه في الشفعة. فالمادة ٩٤٢ مدني توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بما يدل على أن الشارع تعمد في القانون القائم ـ خلافاً لقانون الشفعة القديم ـ إغفال ملحقات الثمن مما يجب إيداعه، اكتفاءً منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التي لم يرد بها تكليف في القانون[2].

ـ والقاعدة أيضاً أنه لا يلزم الشفيع بإيداع أي مبالغ أخرى غير الثمن الحقيقي حتى ولو تعلقت بمقابل البناء أو الغراس الذي يجريه المشتري في العقار المشفوع فيه والذي يحق للمشتري اقتضاءه من الشفيع (م ٩٤٦ مدني) وذلك لأن المادة ٩٤٢ مدني حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه «كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ

---

(١) انظر السنهوري، الوسيط جـ ٤ فقرة ٤١٩ ص ٨٤٢، وللمؤلف عقد البيع ص ٤٥٦ وما بعدها.

(٢) نقض ١٩٨٠/٦/٣ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ١٦٥٧، ١٩٨١/١/٨ س ٣٢ ص ١٣٢، ١٩٨٢/٣/٣١ الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٤٨ق. وقد كانت محكمة النقض قد قضت بما يفيد أن الشفيع لا يعفى من إيداع الملحقات إلا إذا كان لا يعلم بها نقض ١٩٥٦/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٦٠٧، ١٩٥٦/١٢/٢٠ س ٧ ص ١٠١٦ وقد عدلت محكمة النقض عن ذلك وقررت صراحة أن القانون لا يوجب إيداع الملحقات نقض ١٩٦٤/٢/٢١ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٢٧٨ واستقر قضاؤها على ذلك.

بالشفعة، وعبارة «كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع» لا تتسع لأن يكون المستحق للمشتري مقابل البناء أو الغراس هو مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا ينبني عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون، وإعمال للجزاء في غير النطاق الذي حدده[1]».

ثانياً: ميعاد ومكان الإيداع:

يجب أن يتوافر عدة شروط في هذا الميعاد، كما أن المشرع قد حدد مكان محدداً لهذا الإيداع.

١ ـ يجب أن يتم الإيداع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة:

تنص المادة ٢/٩٤٢ مدني على ما يلي «وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع. . .».

وميعاد الثلاثين يوماً يعتبر ميعاداً ناقصاً أي يجب أن يتم الإيداع خلاله. وهو مدة سقوط لا مدة تقادم وبالتالي لا يرد عليه الوقف ولا الانقطاع. ويبدأ حساب الميعاد من تمام إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة، وإذا كان قد تم إعلان أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير[2] وطبقاً لقانون المرافعات يبدأ حساب الميعاد من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة إلى البائع وللمشتري أو لآخر شخص من البائعين أو المشترين[3] وبصفة عامة هذا الميعاد يخضع في كيفية حسابه وإضافة مواعيد مسافة إليه وغير ذلك لقواعد قانون المرافعات.

ـ الثمن المؤجل لا يعفي الشفيع من الإيداع في الميعاد:

وهذا الفرض يحدث عادة عندما يكون عقد البيع المشفوع فيه متضمناً أجلاً ممنوحاً للمشتري لدفع الثمن كله أو بعضه، وحيث أن إجراءات الشفعة

---

(١) نقض ١٩٨٠/٦/٣ مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ١٦٦٣.

(٢) نقض ١٩٨١/١/٢٦ الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٤٨ ق.

(٣) نقض ١٩٨١/٤/٢٦ س ٣٢ ص ١٣٣٤.

بحسب مآلها ستؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في هذا العقد فقد يطلب الشفيع من البائع السماح له بالانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن فيوافق البائع على ذلك قبل إيداع الثمن خزانة المحكمة فهل هذا يعفي الشفيع من إيداع الثمن في الميعاد إذا كان الثمن ما زال مستحقاً للبائع» أو هل هذا يسمح للشفيع بإيداع ما يعادل المبلغ المستحق من الثمن للمشتري دون المستحق للبائع من هذا الثمن بدعوى موافقة البائع له على التأجيل؟.

بطبيعة الحال لا يجوز للشفيع أن يفعل ذلك وإنما يجب عليه إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد المحدد حيث هذا الإجراء شرط لقبول دعوى الشفعة ولا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون. كما أن هذا الإجراء لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه. ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة وما بين ما نص عليه في المادة ٢/٩٤٥ من القانون المدني من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاءً، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري»[1].

٢ - ضرورة أسبقية إيداع الثمن لرفع الدعوى:

تنص المادة ٢/٩٤٢ على أنه يجب «. . . مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة. . .» مع ملاحظة أنه طبقاً لنص المادة ٩٤٣ مدني أن دعوى الشفعة ترفع أيضاً خلال ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة.

---

(١) ١٩٦٣/١١/٧ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١٠١١، ١٩٧٦/١/٢٩ س ١٩٧٦ ص ٣٤٧.

فالسؤال الذي يطرح نفسه هل ترتيب اتخاذ الإجراءين على هذا النحو يفيد وجوب وجود فاصل زمني بينهما أم يفيد التعاقب فقط؟ .

قد أجابت محكمة النقض، بحق، أن هذا الترتيب يفيد التعاقب في اتخاذ الإجراءين ولا عبرة بالفاصل الزمني.

«فإذا كانت المادة ٩٤٢/ ٢ مدني تضمنت شرطين أولهما: أن يودع الشفيع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثاني: أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى. فقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى فاشتراط حصول الإيـداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتملـه النص ولا يتفق مع فكرة التيسيـر في الميعاد التي أخذ بها الشارع. أما التحدي بالمادة ٢٠ من قانون المرافعات فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين أحدهما محدد بالأيام له بداية ونهاية والثاني غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمني غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة»[1].

ويترتب على ذلك أنه يجب على المحكمة أن تتحق من أن الإيداع قد تم قبل رفع دعوى الشفعة. ويكون ذلك عن طريق ما يرد في صحيفة لدعوى الشفعة من الإشارة إلى رقم قسيمة الإيداع وتاريخ الإيداع ورقم حافظة التوريد ورقم اليومية وغير ذلك من بيانات تسمع للمحكمة من التثبت على وجه اليقين من توفر هذا الشرط. وعلى ذلك فإن لم تستطع المحكمة من التثبت من ذلك بطريق قاطعة كما لو أن لم تتضمن صحيفة الدعوى بيانات تفيد ذلك، سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. ولذلك يجب على المتقاضين التحوط الشديد في هذا المجال.

---

(١) نقض ١٩٦١/١٠/١٦ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ص ٦١٩، ١٩٦٦/١٠/١٨ س ١٧ ص ١٥٣٠، ١٩٧٠/١٢/١٠ س ٢١ ص ١٢٢٧.

ـ **المكان الذي يجب أن يتم فيه الإيداع:**

تنص المادة ٩٤٢/ ٢ مدني على أنه: «... يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار..» وهذه المحكمة هي المختصة التي ترفع أمامها دعوى الشفعة (م ٩٤٣) فإن لم يودع الثمن في خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة سقط حق الأخذ بالشفعة[1].

وعلى ذلك إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتي أحيلت إليها الدعوى لنظرها باتفاق الخصوم باعتبارها المحكمة المختصة بنظرها وإذا دفع أمامها بسقوط الحق في الشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها ولم تعر المحكمة اهتماماً لهذا الدفع وقضت بأحقية الشفيع مع ذلك في أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون حكمها قد خالف القانون وأخطأ في تأويله وتفسيره[2].

فإيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة في خلال الموعد المحدد هو إجراء من إجراءات الشفعة يجب أن ينم في الميعاد وبالكيفية التي حددها، وهو شرط أساسي لقبول دعوى الشفعة مما يخول المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع في خصوص إيداع الثمن[3].

ثالثاً ـ جزاء مخالفة أحكام إيداع الثمن:

إذا لم يقم الشفيع بإيداع كامل الثمن الحقيقي، فما عدا حالة عدم علمه اليقيني بالثمن[4]، يسقط حقه في الأخذ بالشفعة. كما أن مجازفة الشفيع وإيداعه الثمن الذي يعتقد أنه الحقيقي عند طعنه بالصورية وعدم ثبوت هذه الصورية مما يجعله في حكم من لم يودع كامل الثمن يسقط حقه أيضاً في الأخذ بالشفعة.

---

(١) نقض ١٤/ ١٢/ ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ١٧٩٤.

(٢) نقض ٢٨/ ٦/ ١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٥٩٥.

(٣) ٢٨/ ٦/ ١٩٧٨ السابق الإشارة إليه، ١٨/ ٣/ ١٩٨٢ س ٣٣ ص ٥٧٢.

(٤) نقض ٢٩/ ١٢/ ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض س ٣٤ ص ١٩٩٣.

كما لو أنه إذا لم يودع الثمن في الميعاد المحدد، أو لم يودعه قبل رفع الدعوى، أو لم يودعه خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، سقط حقه في الأخذ بالشفعة.

ويسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة بصفة نهائية ولم يعدله الحق من معاودة هذه الإجراءات من جديد بصدد العقد المشفوع فيه(١). كما أن هذا الجزاء يتعلق بالنظام العام. ويعتبر شرطاً لقبول دعوى الشفعة وبالتالي يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. كما يجوز المحكمة النقض أن تثير ذلك في الطعن باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام **متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع**(٢).

المرحلة الثالثة: رفع الدعوى

تمهيد وتقسيم:

رفع الدعوى خاتمة لسلسلة من الإجراءات والمواعيد المرتبطة بعضها بالبعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق إذ ينص القانون على وجوب اتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة، وكانت تبدأ جميعاً من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة. ولاستكمال إجراءات الشفعة يجب أن نقف على كيفية وميعاد رفع دعوى الشفعة ونحدد والأشخاص التي ترفع عليهم، ثم نبين المحكمة المختصة.

---

(١) نقض ١٣/٥/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧، فقد قضت محكمة النقض بأنه: «لما كان القانون المدني الجديد قد وضع نظاماً مستحدثاً لإجراءات الشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣. وكانت إجراءات هذا التنظيم ومواعيده مرتبطة بعضها بالبعض ارتباطاً وثيقاً وماسه بذات الحق إذ ينص القانون على وجوب اتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة..».

(٢) نقض ٢٨/٦/١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ١٥٩٥، ٢/٢/١٩٨٣ س ٣٤ ص ٣٨٦.

أولاً - كيفية وميعاد رفع دعوى الشفعة:

تنص المادة ٩٤٣ مدني على أن ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم في الدعوى على وجه السرعة».

١ - كيفية رفعها:

يتضح من ذلك أن القانون المدني لم يعرض للقواعد الخاصة بكيفية رفع الدعوى وإنما حدد فقط الميعاد الذي يجب أن ترفع خلاله والمحكمة المختصة بنظرها. وعلى ذلك يجب الرجوع في كيفية رفع دعوى الشفعة إلى قانون المرافعات. وطبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات تعتبر لدعوى الشفعة مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة[1]. ويتولى قلم الكتاب قيد الدعوى بالجدول في ذات اليوم (م ٦٧ من قانون المرافعات).

وعلى ذلك فإنه يجب على الشفيع أن يودع أولاً كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار ثم يعد صحيفة الدعوى والصور المطلوبة منها ويضمنها ما يفيد قيامه بإيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة بأن يذكر رقم قسيمة التوريد وتاريخها ورقم الوديعة ثم يقدمها إلى قلم كتاب المحكمة المختصة. بعد أن يؤدي رسم الدعوى كاملاً. يقوم قلم الكتاب قيد الدعوى في ذات يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها.

وعلى قلم الكتاب في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها للمدعى ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لاعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب (م ٦٧) وبهذا يتم قيد الدعوى وتعتبر

---

(١) نقض ٣/٦/١٩٨٠ س ٣١ ص١٦٦٣، ١٦/٦/١٩٨١ طعن ٥٦٦ سنة ٤٧ق، ١٧/٤/١٩٨٤ الطعنان ٥٥٦، ٥٥٧ سنة ٤٧ق.

دعوى الشفعة مرفوعة بمجرد إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بعد أداء الرسم المستحق عليها.

٢ - ميعاد رفع الدعوى:

يجب أن ترفع دعوى الشفعة وتقيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري. وهذا الميعاد يجب أن يتم فيه إجراءان على التوالي إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، ثم رفع الدعوى وقيدها.

ويبدأ سريان ميعاد الثلاثين يوماً المقرر رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري خلاله من تمام إعلان كليهما بالرغبة في الأخذ بالشفعة ومن ثم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير[١]. ويتم حساب الميعاد من اليوم التالي لتسليم إعلان الرغبة إلى البائع أو المشتري أو لآخر شخص من البائعين أو المشترين. ويخضع هذا الميعاد للامتداد ولإضافة مواعيد مسافة طبقاً لأحكام قانون المرافعات.

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة في موطن كل من المشتري والبائع. وإذا لم يستدل الشفيع على موطن البائع بسبب نواطؤه مع المشتري لإخفائه، فيجب عليه اتخاذ الاجراء القانوني الذي يؤدي إلى إتمام إعلانه خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة[٢].

وليس هناك ما يمنع من القيام بإيداع الثمن خزانة المحكمة ثم رفع الدعوى في نفس اليوم مع مراعاة التعاقب في الإجراءين على النحو السابق بيانه وإلا سقط الحق في الشفعة.

وسبق أن رأينا أن: «كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدني في إعلان الرغبة أن يكون رسمياً، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على

(١) نقض ٢٩/٤/١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ١٣٣٤، ٢٦/١/١٩٨١ الطعن ٤١٨ سنة ٤٨ق.

(٢) نقض ٩/١١/١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٩٧.

إعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته في ذات إعلان الصحيفة، ما دام قد تم في الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة»[1] وهذا الاختصار في الإجراءات محفوف بالمخاطر إذ يجب مراعاة ما يلي:

أولاً: يجب أن يتم رفع الدعوى بعد إيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة.

ثانياً: يجب أن يتم بالفعل إعلان الرغبة مما يستلزم عدم الوقوف عند إجراء رفع الدعوى، أي إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وإنما يجب أن يتابع الشفيع ذلك ويتأكد بأنه قد تم تسليم البائع والمشتري إعلان الرغبة بالفعل في الميعاد وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن مراعاة المواعيد.

ثالثاً: يجب أن يتم إعلان الرغبة على هذا النحو في الميعاد. فإذا كان هناك إنذار فإنه يجب أن يتم إعلان صحيفة دعوى الشفعة المتضمنة إعلان الرغبة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإندار بوقوع البيع. فإن لم يكن هناك إنذار فخلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع.

رابعاً: يجب أن يتضمن إعلان صحيفة الدعوى كافة البيانات اللازمة لهذا الإعلان (أي إعلان الرغبة).

ثانياً ـ الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى:

إستلزم نص المادة ٩٤٣ مدني رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري في الميعاد المحدد.، وهذا منطقي حيث أن إجراءات الشفعة بحسب مآلها ستنتهي إلى حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته قبل البائع. وفي حاله تعدد البائع أو المشتري أو تعددهما معاً، يجب رفعها على كل البائعين وكل المشتري جميعاً دون إغفال أي منهم وإلا ترتب على هذا الإغفال سقوط الحق في الأخذ بالشفعة[2]. فإذا أخطأ في شخص البائع أو المشتري أو

---

(١) نقض ١٠/١٢/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٢٢٧، ٢٣/٥/١٩٨٣ س ٣٣ ص ٥٧٢.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٣٥٢ ص ٦٢٨.

لم يختصم أحد مما يجب اختصامه أو اختصم غير صاحب الصفة القانونية في تمثيل أحدهما أو أحد هؤلاء فإنه يجب أن يصحح شكل الدعوى من حيث أشخاصها في الميعاد وإلا حكم بعدم قبول الدعوى[1].

وعند توالي البيوع فإن الأمر يتوقف على تسجيل أو عدم تسجيل إعلان الرغبة، فإن كل البيوع التي تتم بعد تسجيل إعلان الرغبة لا تسري في حق الشفيع وبالتالي يظل حقه قائماً في الأخذ بالشفعة بالنسبة للمشتري الأول وبالشروط التي اشترى بها ولكن هذا لا يمنع من أن يطلب الشفعة في البيع التالي إذ كان له مصلحة في ذلك، لأن هذه الحكمة مقررة لمصلحة الشفيع، ولكن يجب في هذه الحالة أن يباشر إجراءات مبتدأة في مواجهة المشتري الثاني أو الأخير حسب الأحوال. ويراعى عند رفع دعوى الشفعة اختصام كل من يجب اختصامهم وإلا كانت دعواه غير مقبولة.

إذا لم يتم تسجيل إعلان الرغبة أو تم البيع قبل هذا التسجيل في هذه الحالة. فإن البيع الثاني أو البيوع المتتالية تسري في حق الشفيع وبالتالي يجب على الشفيع اختصام المشتري الأول بصفة بائعاً والمشتري الثاني بصفة مشفوعاً منه ولا يلزم اختصام البائع الأول. وتطبق نفس القاعدة عند توالي البيوع. هذا ما لم يكن العقد الثاني صورياً يطعن الشفيع فيه بالصورية فيجب عليه اختصام المشتري الثاني لحسم مسألة الصورية في مواجهته على النحو السابق بيانه وفي هذه الحالة يجب مراعاة كل الإجراءات والمواعيد بالنسبة للبيع الأول وأن يختصم في دعوى الشفعة طرفي هذا البيع البائع الأول والمشتري الأول.

وقاعدة وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار. . . وإلا سقط الحق فيها(م ٩٤٣ مدني) تدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والبائع والمشتري في أول درجة والاستئناف والنقض، سواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، فإذا تعدد أي منهم وجب اختصامهم جميعاً كما يجب

(١) نقض ١٧/ ٣/ ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٨٣٨.

اختصام ورثة من يتوفى منهم، فإذا رفعها أيهم في أي مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو في تلقاء نفسها بعدم قبولها، بما مؤداه أن اختصام البائع أو ورثته في الطعن بالنقض واجب قانوناً أياً كان موقفه من الخصومة في درجتي التقاضي ولو أخذ منها موقفاً سلبياً»[1]. ولكن يجب مراعاة حكم المادة ٢١٨ والمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات بالنسبة للطعن في الحكم الصادر في دعوى الشفعة.

ثالثاً ـ المحكمة المختصة بدعوى الشفعة:

تنص المادة ٩٤٣ مدني على أن «ترفع دعوى الشفعة. . . أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار. . . وإلا سقط الحق فيها». وعلى ذلك يكون القانون المدني قد حدد المحكمة المختصة محلياً بنظر دعوى الشفعة وبالتالي يكون هذا حكم خاص واجب الإعمال دون قواعد قانون المرافعات في هذا الخصوص. وهذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام ومخالفته تؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة.

لكن لم يتعرض المشرع، من القانون المدني، لتحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر دعوى الشفعة. لذلك وجب الرجوع إلى قواعد قانون المرافعات. طبقاً لنص المادة ١/٤٢ من قانون المرافعات أن: «تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً في الدعاوي المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسمائة جنيه». وطبقاً لنص المادة ١/٤٧ مرافعات أن: «تختص المحكمة الإبتدائية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه».

---

(١) نقض ١٩٨٨/٥/٤ الطعن رقم ١٠٩٣ سنة ٥٤ق، وهذا ما جرت عليه محكمة النقض في جمع أحكامها ١٩٥٦/٢/٩ س ٧ ص ٢١٣، ١٩٦١/٤/١٧ س ١٢ ص ٤٢٠، ١٩٦٩/١/٢٥ س ١٩ ص ١٦٤، ١٩٨١/٣/١٧ س ٣٢ ص ٨٣٨، ١٩٨٨/١/٢٧ الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٣ق.

ولكن كيف يتم تقدير قيمة دعوى الشفعة» الاتجاه السائد في الفقه أن يتحدد قيمة دعوى الشفعة بمقدار الثمن المذكور في عقد البيع المشفوع فيه[1] على أساس أن دعوى الشفعة هي دعوى بالحلول في تعاقد هو حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع وليست من «الدعاوي المتعلقة بملكية العقارات» التي تتحدد قيمتها بقيمة العقارات إذ لا يتحقق تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه إلا من بعد ونتيجة للحلول المذكور[2].

ويذهب بعض الفقهاء[3] إلى أن دعوى الشفعة تقدر قيمتها بقيمة العقار (م ٣٧ مرافعات). على أساس دعوى الشفعة وإن لم تكن دعوى ملكية، إلا أنها تتعلق بملكية العقار المشفوع فيه. وهذا ما أكدته أيضاً المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات في تعليقها على المادة ٣٧ من أن المشرع اختار اصطلاح الدعاوي المتعلقة بملكية العقارات حتى لا تنصرف إلى مجرد الدعاوى العينية العقارية، وإنما لكي تشمل دعاوى الشفعة وغيرها من الدعاوي التي تتصل بالملكية ولا تعد من قبيل الدعاوى العينية العقارية».

ونحن نميل إلى الرأي الثاني لأن معيار تحديد قيمة الدعوى سيكون أكثر انضباطاً وخاصة وأن الثمن المذكور في العقد المشفوع فيه غالباً ما يكون صورياً ويطعن بصوريته. كما أن إذا كان القانون المدني لم يتعرض للاختصاص القيمي بنص خاص كما فعل بالنسبة للاختصاص المحلي فإن المرجع في تحديد الاختصاص القيمي يكون قانون المرافعات والرأي الثاني هو الذي يتفق مع

---

(١) محمد كامل مرسي، جـ ٣ فقرة ٤٥٣ ص ٤٤٥، السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢١٩ ص ٦٧٥، لبيب شنب، فقرة ١١٢ ص ١١٥، جمال الدين زكي، فقرة ٦٢٣ ص ٤٨١، حسن كيرة، فقرة ٣٥٣ ص ٦٢٩.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٣٥٣ ص ٦٣٠، وأشار إلى حكم نقض ٢١/٦/ ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض س ٣٤ رقم ٢٨٦ ص ١٤٥٥.

(٣) أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، المجلد الأول ـ المرافعات المعارف ١٩٦٩ ص ١٣٠، عزت حنورة، فقرة ١٧٨ ص ٢٧١ وما بعدها.

قواعد هذا القانون. وقد كانت محكمة النقض تأخذ بالرأي الأول ولكن يبدو أن المحكمة قد عدلت في أحكامها الأخيرة عن هذا الرأي وأخذت بالرأي الثاني الذي نرجحه[1].

- إجراءات الشفعة في القانون اللبناني:

تبدأ هذه الإجراءات بتبليغ يوجهه المشتري إلى الشفيع، ثم يعقب ذلك إيداع الثمن وترفع دعوى الشفعة خلال عشرة أيام من تاريخ هذا التبليغ ولنر ذلك بشيء من الفصيل:

- البداية المحتملة لإجراءات الشفعة - التبليغ:

تنص المادة ١/٢٤٧ ملكية عقارية على أن «للمشتري بعد تسجيل العقد أن يعلم الشفعاء بالتسجيل بواسطة الكاتب العادل للمقيمين في لبنان، ووفاقاً للمادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية (م ٤١٣ الآن بعد تعديلها بالمرسوم الاشتراعي رقم ٨٣/٩٠ والمعدلة بالمادة ١ من المرسوم الاشتراعي رقم ٨٥/٢٠) للمقيمين في بلاد أجنبية على أن يبين في التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل إقامتهما والثمن وملحقاته وشروط العقد».

«وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة مسافة تحت طائلة السقوط».

وهذا التبليغ وسيلة للمشتري بقصد التكبير بحسم الموقف في مواجهة الشفيع. ولذلك قد يقوم به المشتري وقد لا يقوم به بحسب ما يراه محققاً لمصالحه. ولكن إذا قام به المشتري سيجبر الشفيع على الإسراع باتخاذ باقي إجراءات الشفعة في مدة قصيرة للغاية وهي عشرة أيام من تاريخ هذا التبليغ.

والتبليغ ينحصر دوره في سريان ميعاد العشرة أيام المقرر لسقوط حق الشفيع إذا لم يقم بباقي الإجراءات خلالها ولكنه لا يعتبر شرطاً لقبول دعوى الشفعة.

---

(١) نقض ١٩٨٣/١٢/١٩ الطعن رقم ١٥٨ سنة ٥٠ق، ١٩٨٤/١١/٢١ طعن ١١٦ سنة ٤٩ ق والحكم الأخير مشار إليه في عزت حنورة فقرة ١٧٨ ص ٢٧٢ هامش ٢٤.

ـ والتبليغ لا يتم إلا بعد تسجيل عقد البيع حيث أن القانون اللبناني لا يجيز الشفعة إلا في عقود البيع المسجلة. والتبليغ يهدف به المشتري إعلان الشفيع بهذا التسجيل ويطلب منه تحديد موقفه إذا كان يرغب في أخذ العقار المبيع بالشفعة.

ـ ويتم التبليغ عن طريق كاتب العدل للمقيمين في لبنان وبالطريقة المنصوص عليها في المادة ٤١٣ من قانون أصول المحاكمات بالنسبة للمقيمين في بلاد أجنبية. وحيث أن القانون قد رسم طريقاً معيناً للتبليغ فلا يعتد بأية وسيلة أو طريقة أخرى للتبليغ حتى ولو كانت ثابتة التاريخ[1]، وإذا تم التبليغ عن غير هذا الطريق وقع باطلاً وبالتالي لم ينفتح به ميعاد العشرة أيام المحددة لطلب الشفعة.

ولكي يحقق التبليغ الغرض منه فإنه يجب أن يتضمن على بيانات معينة ذكرتها المادة ٢٤٧ ملكية عقارية وتدور كلها حول تعريف الشفيع بالعقار تعريفاً شاملاً نافياً للجهالة بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة من عدمه ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه. وبخصوص ملحقات الثمن التي ورد ذكرها في النص فهي تتعلق بنفقات العقد وهي تشمل رسوم التسجيل وبدل السمسرة (م ٢٤٩ ملكية عقارية) وغير ذلك. وسوف نعرض لإجراءات الشفعة في مرحلتين حسب ما ذكر قانون الملكية العقارية:

المرحلة الأولى: إيداع الثمن:

تنص المادة ٢٤٩ ملكية عقارية على أنه «لا يمكن استعمال حق الشفعة إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضاً تاماً. وهذا التعويض يشمل:

١ ـ ثمن المبيع الذي يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع.

---

(١) استئناف بيروت المدنية، الغرفة السادسة، قرار رقم ١٢٣ تاريخ ١٠/١٢/١٩٨٤ عفيف شمس الدين، أسباب كسب الملكية، بيروت ١٩٩٥ ص ٢١٥ هامش ١.

٢ ـ نفقات العقدة التي تشمل رسوم التسجيل الرسمي وبدل السمسرة على أن لا يزيد هذا البدل على البدل المعين بالتعرفة القانونية.

٣ ـ يدل التحسين الطارىء على العقار بفعل المشتري دون الالتفات إلى التحسين الاقتصادي الناتج عن تقلب الأسعار».

ويجب لدراسة هذا الإجراء أن نحدد أولاً ما يجب إيداعه، ثم بعد ذلك نحدد كيفية وميعاد ومكان الإيداع.

أولاً: ما يجب إيداعه:

وعلى ضوء نص المادة ٢٤٩ ملكية عقارية نجد أن ما يجب على الشفيع إيداعه ما يلي:

١ ـ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع:

والغرض من إيداع هذا الثمن هو ضمان جدية طلب الشفعة من جانب الشفيع والمحافظة على حقوق أصحاب المصلحة. وهذا الإيداع يعتبر إجراءً جوهرياً من إجراءات الشفعة.

ويجب إيداع كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، وبالتالي لا يجوز أن يودع الشفيع جزء من الثمن فإذا خاطر وفعل ذلك يمكن دعوى الشفعة غير مقبولة[1] كما لا يملك البائع إعفاء الشفيع من هذا الإجراء لأنه شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة. كما أن هذا الشرط ليس مقرر لمصلحة البائع وحده، فقد يكون صاحب المصلحة هو المشتري إذا كان عجل الثمن كله أو بعضه، أو البائع إذا لم يستوف الثمن كله أو بعضه، أو الدائنين المقيدة حقوقهم.

وإذا كان عقد البيع المشفوع فيه قد تضمن شرطاً على تأجيل دفع الثمن لمصلحة المشتري فلا يكون الإيداع واجباً على الشفيع في هذه الحالة. ولكن لا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا إذا رأت

(١) محكمة التمييز ٢/١٢/١٩٦٤ مجموعة حاتم جـ ٦١ ص ٤٢.

المحكمة ذلك مع توفير الضمانات التي تراها لازمة.

وإذا كان العقار المشفوع فيه محملاً يحق التأمين، فلا يحق للشفيع أن يحتفظ بما يعادل التأمين، بل يجب عليه أن يودع الثمن بأكمله، ويستطيع أن يحتاط في هذه الحالة فيجعل الإيداع لحساب الدائن فيما يعادل قيمة التأمين[١] أو أن يدخل صاحب التأمين في الدعوى فتأمر المحكمة بدفع التأمين له إذا قد استحق أو تقضي له بحفظه مع توابعه[٢].

- والشفيع غير ملزم إلا بدفع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وعلى ذلك إذا كان الثمن صورياً بأن كان يزيد عن الثمن الحقيقي فإن للشفيع أن يودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي ويطعن بالصورية وله إثبات الصورية لكافة طرق الإثبات باعتباره من طائفة الغير بالنسبة إلى هذا العقد[٣]. فإذا فلح فإثبات الصورية كان إيداعه صحيحاً ودعواه. مقبولة وإذا لم يفلح في إثباتها فإنه سيتحمل مخاطر ذلك وتكون دعواه غير مقبولة لأنه لم يقم بإيداع كل الثمن المسمى في العقد ولا يستطيع تدارك ذلك بتكملة الثمن بعد ذلك. ولذلك يجب أن يحتاط الشفيع ويودع الثمن المسمى في العقد حتى لا يتعرض لمثل هذه المخاطر إذا لم يفلح في إثبات صورية الثمن، ولا ضرر من ذلك إذ يستطيع أن يسترد ما أودعه زيادة عن الثمن الحقيقي إذا أقام الدليل عليه[٤].

أما إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، فإن للشفيع أن يحتج بهذا العقد الظاهر ولا يودع إلا هذا الثمن، وبالتالي لا يجوز للمشتري إثبات الثمن الحقيقي للاحتجاج به على الشفيع (م ٢٥١ ملكية عقارية).

إذا كان البيع المشفوع فيه قد شمل عدة عقارات في صفقة واحدة وبثمن إجمالي ولكنها قابلة للتجزئة وتوفر لدى الشفيع سبب من أسباب الشفعة بالنسبة

---

(١) محكمة التمييز ١٨/٣/١٩٥٩ مجموعة حاتم، جـ ٣٣ ص ٢٩.
(٢) محكمة التمييز ٢١/١٢/١٩٦٦ مجموعة حاتم، جـ ١٤ ص ١٥٣.
(٣) محكمة التمييز ٢٩/٥/١٩٧٠ مجموعة حاتم، جـ ١٨ ص ٣٢١.
(٤) محكمة التمييز ٣٠/١٢/١٩٦٦ مجموعة حاتم هـ ٧٠ ص ٣٩، ٤٠.

لأحدها أو بعضها فإنه له الحق في الأخذ بالشفعة فيما يريد أخذه من العقارات وهو غير مجبر على أخذ كل العقارات التي تجوز له فيها الشفعة. ولكن سيواجه عقبة عند تحديد الثمن بغية إيداعه حتى يقوم بما يفرضه عليه القانون. في هذه الحالة سيقوم الشفيع بإيداع الثمن الذي يعتقد أنه يقابل قيمة العقار أو العقارات التي يريد أخذها بالشفعة مراعياً في ذلك التناسب مع مجموع العقارات وجملة الثمن. هذا الإيداع سيخضع لرقابة المحكمة لمعرفة ما إذا كان الثمن المودع يقابل حقاً قيمة العقار أو العقارات المشفوع فيها وقد تستعين المحكمة في سبيل ذلك بخبير. فإذا كان الثمن الذي قام بإيداع الشفيع أقل مما يجب دون تعمد أو تقصير من جانبه فإن الشفيع يعتبر معذوراً[1] ويجب عليه تكملة الثمن حتى ولو بعد الميعاد وهذا ما تقتضيه العدالة.

٢ ـ لا يلزم الشفيع بإيداع ملحقات الثمن:

يستفاد من عبارة نص المادة ٢٤٩ ملكية عقارية أنها فرضت عرض وإيداع الثمن فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر دون أن تبسط هذا الحكم على التزامات الشفيع الأخرى فلو أراد المشرع إيداع ملحقات الثمن لنص على ذلك أيضاً. ولما كان إيداع الثمن إجراء من الإجراءات المقيدة لاستعمال حق الشفعة فإنه لا يجوز التوسع في تفسيره. وعلى ذلك فإن ملحقات الثمن، أي نفقات العقد، سواء كانت رسمية كرسوم التسجيل ومصروفات الدعوى، أو غير رسمية كالسمسرة، لا يلزم الشفيع بإيداعها يوم تقديم طلب الشفعة[2] وإنما له أن يطالب المشتري بها أثناء نظر الدعوى، ويراعيها القاضي في الحكم الذي يصدر بثبوت الشفعة[3].

٣ ـ لا يلزم الشفيع بإيداع بدل التحسين الطارىء على العقار بفعل

(١) محكمة التمييز الثانية قرار رقم ١٥ مجموعة باز لسنة ١٩٦٠ ص ١١٦ مشار إليه في عفيف شمس الدين جـ ٢ ص ٢٦٩.

(٢) محكمة التمييز ـ الثانية ـ قرار رقم ٣٨ في ١٩/١٠/١٩٩١، المصنف العقاري عفيف شمس الدين، جـ ١ صفحة ٥٠١.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٣ ص ٤٦١.

المشتري:

وهذا يواجه الفرض الذي يقوم فيه المشتري بالبناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه، أو أنه يقوم بما يلزم لصيانته أو ترميمه أو إصلاحه. وهذه المبالغ يجب على الشفيع أداؤها للمشتري ولكن لا يلزم إيداعها يوم تقديم الدعوى حيث أن أمر تقدير هذه النفقات والتحسينات متروك إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى.

وقد ذكر النص عدم الالتفات إلى التحسين الاقتصادي الناتج عن تقلب الأسعار. فقد تؤدي الظروف الاقتصادية إلى رفع قيمة العقار أو خفض هذه القيمة فلا يجوز لكل من المشتري أو الشفيع التذرع بهذه التغيرات التي تحدث نتيجة للتقلبات الاقتصادية إذ العبرة بالثمن المذكور في العقد. ويدخل في نفس هذا المفهوم عدم الاعتداد بالتقلبات التي تطرأ على قيمة العملة وذلك طبقاً لمبدأ القوة الملزمة للعملة حفاظاً على استقرار المعاملات وعدم تعرض العملة للمضاربات. ولكن محكمة التمييز في حكم جرىء قررت أنه إذا تأخرت المحاكمة بفعل أحد طرفي دعوى الشفعة فإنه يترتب للفريق الآخر في ذمته تعويض عن انهيار قيمة العملة[1].

ثانياً: كيفية وميعاد ومكان الإيداع:

١ ـ كيفية الإيداع: يجب عرض الثمن وإيداعه فعلياً. ومما تجدر ملاحظته هنا أنه لا يقصد بعرض الثمن العرض الحقيقي والإيداع الذي تنظمه المادة ٨٢٢ أصول محاكمات مدنية حيث أن هذا النص يتعلق بالإجراء الذي يتخذه المدين لإبراء ذمته في مواجهة الدائن عند إمتناع هذا الأخير عن استيفاء حقه. والإجراء الذي نحن بصدده في الشفعة يقصد منه التأكد من جدية الشفيع في الأخذ بالشفعة والشفيع لا يعتبر مديناً بالثمن وإنما يقوم بإجراء استلزمه القانون لأخذ العقار بالشفعة ـ وعلى ذلك فإن المقصود بالعرض والإيداع هدفه

---

(١) محكمة التمييز ١٢/١٠/١٩٩٢. المصنف العقاري. السابق الإشارة إليه جـ٢ ص ٢٦٣.

في النهاية إيداع الثمن فعلياً وهو إجراء يغني عن العرض لأنه أقوى وأجدى في سياق إجراءات الشفعة. وهذا ما استقر عليه القضاء اللبناني[1].

٢ ـ ميعاد الإيداع: يجب أن يتم الإيداع يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر، والمقصود رفع دعوى الشفعة. وعلى ذلك فإنه يجب إيداع الثمن في ميعاد غايته يوم رفع الدعوى، وهو يوم تقديمها إلى قلم المحكمة[2]. على أنه لا يشترط الأسبقية في الإيداع على رفع الدعوى كما يتطلب ذلك القانون المصري، وإنما العبرة أن يتم الإيداع يوم تقديم الدعوى إلى قلم المحكمة حتى ولو بعد هذا التقديم، المهم ألا يتأخر عن هذا اليوم[3] وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.

٣ ـ مكان الإيداع: لم يحدد المشرع اللبناني مكان إيداع الثمن على وجه قاطع كما فعل المشرع المصري الذي أوجب الإيداع في خزانة المحكمة المختصة بنظر الدعوى، المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه. وأمام عدم تحديد مكان الإيداع فإن القضاء اللبناني استقر على جواز الإيداع في صندوق المحكمة وهذه الطريقة لم تثر أي خلاف. ولكن قد يتعذر ذلك على الشفيع عندما يكون ثمن العقار المشفوع فيه كبيراً ويحتاج لنقل مبالغ ضخمة إلى صندوق المحكمـة، علاوة على ما في هذا النقل من مخاطر لذلـك سمح القضاء بالالتجاء إلى طرق أخرى ميسرة وحديثة وتقوم بنفس الغرض وإن لم تكن كلها محل اتفاق. ولذلك يمكن الإيداع بموجب شيك تكون قيمته مجمدة ومخصصة لدفع الثمن[4] أو شيك مسحوب على مصرف

(١) محكمة التمييز ٢١/١٢/١٩٦٦ مجموعة حاتم هـ ٧٠ ص ٣٨، ٣٩، محكمة استئناف جبل لبنان المدنية الأولى ١٥/٢/١٩٦٩ مجموعة حاتم هـ ١١٢ ص ٤٣ وانظر في تفصيل أكثر عفيف شمس الدين، المصنف، جـ ٢ ص ٢٣٣.

(٢) محكمة التمييز ٢٩/١٠/١٩٦٨ مجموعة حاتم جـ ٨٩ ص ٤٦، ٤٧.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨١ ص ٤٥٧.

(٤) محكمة التمييز المدنية الثالثة قرار إعداد س رقم ٧ في ٢٠/١/١٩٦٥ مجموعة حاتم جـ ٦١ ص ٤٣، ٤٤، محكمة استئناف الشمال ١٧/١٠/١٩٦٣ نفس المجموعة هـ ٥٥ ص٤٤.

لبنان[1]، أو شيك قيمته مجمدة يدفع عند الطلب بناءً لأمر رئيس المحكمة[2]، أو إيداع الثمن في الحساب الجاري للمشفوع منه لدى المصرف[3]، إيداع في مصرف يوجه كتاباً إلى المحكمة بحصول الإيداع[4] أو أن يتم إيداع فعلي مؤمن بموجب شهادة من المصرف تثبت الإيداع إذا تعهد المصرف بعدم الرجوع عن العرض والإيداع الفعلي إلى حين صدور حكم نهائي[5] ولكن كان هناك اختلاف حول إمكانية الإيداع في المصرف بموجب كفالة مصرفية وقد حسمتها محكمة التمييز بهيئاتها العامة سنة ١٩٧٤ بعدم كفايتها لأنها ليست وسيلة دفع وإنما ضمانة له وهي لا تفي بالمعنى القانوني مهما كان مصدرها. . كما أن حق الشفعة حق استثنائي يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية وتضعف مبرراتها فلا شيء في طبيعة حق الشفعة يدعو إلى التوسع في تفسير شروطه خصوصاً متى كان من نتيجة ذلك أن يعرض إلى عقبات[6].

وأمام هذا الاختلاف والتباين في المواقف قد حسم المشرع هذا الأمر في قانون رقم ٤٦١ بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالشفعة والصادر في ٣١ آب ١٩٩٥ والمنشور في الجريدة الرسمية في ٧/ ٩/ ١٩٩٥، ونص في المادة ٤ منه على أن تلغى الفقرة (١) من المادة ٢٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ المؤرخ في ١٢/ ١١/ ١٩٣٠ (قانون الملكية العقارية) ويستعاض عنها بالنص الآتي:

١ - «ثمن المبيع الذي يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم دعوى الشفعة على الأكثر إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع».

«يتم العرض والإيداع الفعلي في صندوق مال المحكمة الصالحة للنظر

---

(١) استئناف جبل لبنان - الأولى - قرار ٢٠ تاريخ ٢١/ ٣/ ١٩٧٨، المصنف جـ ١ ص٥٠٥.

(٢) محكمة التمييز - الثانية - ٢١/ ١٢/ ١٩٦٦ مجموعة حاتم جـ ٧٠ ص ٤٨، ٣٩.

(٣) محكمة التمييز ٢٨/ ٤/ ١٩٧٠ مجموعة حاتم هـ ١٠٥ ص ٣٥.

(٤) استئناف البقاع الأولى ٢٥/ ١٠/ ١٩٨٨، المصنف جـ ٢ ص ٢٥٩.

(٥) استئناف جبل لبنان ١٩/ ٧/ ١٩٧٧، المصنف جـ ٢ ص ٤٨٩.

(٦) محكمة التمييز هيأتها العامة - قرار رقم ١٤ في ١٠/ ١٠/ ١٩٧٤ المصنف، أسباب كسب الملكية، ص ٢٣٩ هامش ١.

بدعوى الشفعة». وبذلك أصبح المكان الوحيد المعتمد لإيداع الثمن حالياً بعد هذا التعديل هو صندوق مال المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.

ملحق: مشكلة توالي البيوع:

تنص المادة ٢٥٠ ملكية عقارية على أنه «إذا تم التفرغ عن المشفوع لشخص ثالث يقيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها».

وعلى ضوء هذا النص يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان البيع قبل رفع الدعوى ولم يتم قيده في السجل العقاري إلا بعد رفع دعوى الشفعة وتسجيلها[1]:

هذا الفرض بسيط حيث أن المشتري الثاني لم يتوافر له شرط الأساس وهو تسجيل عقده، حيث أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع المسجل. وبناءً عليه فإن حق الشفيع يظل قائماً في عقد البيع الأول وبشروط هذا العقد.

الفرض الثاني: إذا كان البيع قد تم تسجيله قبل رفع دعوى الشفعة وتسجيلها. فإن هذا البيع يعتبر سارياً في حق الجميع بمن فيهم الشفيع وبالتالي يجب أن يوجه إجراءات الشفعة إلى المشتري الثاني ولا يعتد بما اتخذه من إجراءات قبل التسجيل في مواجهة المشتري الأول.

ولكن يشترط في هذا البيع الثاني أن يكون حقيقياً. فإذا كان هذا البيع صورياً جاز للشفيع أن يطعن فيه بالصورية وله إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات فإذا ما نجح في إثبات صورية التصرف الثاني فإن حقه في الأخذ بالشفعة في البيع الأول يظل قائماً وبشروط هذا البيع.

ولكن هل يشترط أن يكون البيع الثاني مما تجوز فيه الشفعة كما اشترط

(١) محكمة التمييز قرار نقض رقم ٥ تاريخ ٢/٢/١٩٧١ المصنف جـ ١ صفحة ٥٣٦ وقد قضت المحكمة بأنه إذا حصل بيع ثان بعد تقديم الدعوى وقبل تسجيل إشارتها على الصحيفة العينية فإنه حتى يتمكن الشفيع من التذرع بوجه الشاري الثاني بدعوى الشفعة المقامة منه على المشترى الأول يجب أن يكون تقدمت وسجلت قبل تسجيل الشراء الثاني.

ذلك القانون المصري؟.

لم يصرح القانون اللبناني بهذا الشرط. ولذلك إذا كان البيع الثاني قد تم لأحد أقارب المشتري التي تمنع المادة ٢٤٤ ملكية من سماع دعوى الشفعة في البيوع التي تتم بينهم، كأن يكون المشتري الثاني أحد أصول المشتري الأول أو أحد فروعه أو أحد إخوته أو أخواته، فهل يمتنع على الشفيع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة؟.

يجب أن نوضح أن الشفيع لم يعد له الأخذ بالشفعة في مواجهة المشتري الأول لأنه لم يعد مالكاً للعقار المشفوع فيه حيث أن هذا العقار انتقلت ملكيته بالقيد في السجل العقاري إلى المشتري الثاني، وعند رجوعه على المشتري الثاني لتوجيه إجراءات الشفعة إليه يصطدم بنص المادة ٢٤٤ التي تمنع سماع دعوى الشفعة في هذه الحالة. وقد انقسم الرأي حول هذه المسألة.

فذهب البعض[١] إلى عدم جواز ذلك، بينما ذهبت أحكام بعض المحاكم[٢] إلى جواز ذلك. في حين أن محكمة التمييز تذهب في اتجاه الرأي الأول وهو عدم جواز ذلك على أن الرخصة بالشفعة لم تعد حقاً، تزول فيما لو باع المشتري ما اشتراه لأحد أصوله أو **فروعه بيعاً حقيقياً** وتمنع عليه الشفعة من جديد لعدم نشوئها بفعل البيع الثاني»[٣].

ونحن من جانبنا نؤيد محكمة التمييز فيما ذهبت إليه حيث أنها اشترطت في هذا البيع أن يكون حقيقياً، وبالتالي فإذا كان هذا البيع صورياً لجاز للشفيع أن يطعن فيه بالصورية وله إثباتها بكافة طرق الإثبات فإذا ما فلح فلم يبق إلا البيع الأول والذي له حق الأخذ بالشفعة فيه[٤]. كما أن ما يؤيد وجهة النظر هذه أن المشتري لو قام بالمقايضة على العقار المبيع وتم تسجيل المقايضة قبيل رفع

(١) إدوار عيد، الحقوق العينية الأصلية، جـ ١ ص ٥٨٧.

(٢) استئناف البقاع قرار رقم ١٤٦ في ١٥/١٠/١٩٦٥، المصنف جـ ١ ص ٤٦٦، وقرارها رقم ١٢ في ١٥/١٠/١٩٦٦ نفس المرجع ص ٤٥٥.

(٣) محكمة التمييز في ٨/٦/١٩٧١ مجموعة حاتم جـ ١٢٥ ص ٣٦.

(٤) قارن عفيف شمس الدين، أسباب كسب الملكية، ص ٢٠٢.

دعوى الشفعة فإنه في هذه الحالة لا يجوز للشفيع أيضاً طلب الشفعة حيث أنها لا تجوز في المقايضة وبالمثل لو قام بالصلح على هذا العقار أو قدمه للوفاء بدين عليه، وفاء بمقابل، وقام بتسجيل كل هذه التصرفات فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بالشفعة فيها. بالإضافة إلى ذلك أن اعتبارات عدم الأخذ بالشفعة في البيوع التي تم بين الأقرباء على نحو ما ذكر في المادة ٢٤٤ أقوى بكثير من الاعتبارات التي حدت بالمشرع إعطاء الشفيع الحق في طلب الشفعة. ولكل ما تقدم فنحن نؤيد ما ذهبت إليه محكمة التمييز لأنه يتفق وصحيح القانون.

المرحلة الثانية: رفع الدعوى

وهنا سنعرض لكيفية وميعاد رفعها والمحكمة المختصة بنظرها، ثم نبين الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الشفعة.

أولاً ـ كيفية وميعاد رفعها والمحكمة المختصة بنظرها:

يقوم الشفيع برفع دعوى الشفعة خلال مدة معينة تختلف بحسب الأحوال أمام المحكمة المختصة بنظرها.

١ ـ كيفية رفعها:

ورفع الدعوى يتم بتقديمها إلى قلم الكتاب لقيدها بعد استيفاء الرسوم القانونية.

ويعتبر طلب الشفعة من أعمال التصرف كالشراء كما سبق أن بينا. ويترتب على ذلك أن الشفيع الذي يرفع دعوى الشفعة يجب أن تتوفر له أهليه التصرف. فإذا كان الشفيع عديم أهليه أو ناقصها فلا يجوز للوصي أو القيم أن يطلب الشفعة باسمه إلا بإذن المحكمة[١] ولا يكفي الوكالة العامة في طلب الشفعة باسم الموكل حيث أن هذه الوكالة لا تخول للوكيل إلا القيام بأعمال الإدارة، لذلك لا بد من وكالة خاصة[٢]. ومع ذلك فإن القضاء اللبناني يجيز للوكيل أو المحامي الذي

---

(١) محكمة التمييز المدنية ـ الثالثة ـ قرار رقم ٤٨ في ١٩٦٢/٨/٣٠ مجموعة حاتم جـ ٤٩ ص ٧٢ محكمة استئناف البقاع المدنية قرار رقم ٩٠ في ١٩٦٠/٤/١ نفس المجموعة جـ ٤١ ص ٤٦. محكمة الاستئناف الغرفة المدنية الأولى قرار رقم ٩٠ في ١٩٦٠/٤/١ نفس المجموعة جـ ٤١ ص ٤٦.

(٢) محكمة الاستئناف الغرفة المدنية الأولى قرار رقم ٢٩٩ في ١٩٤٧/٧/٢٩ مجموعة =

لديه وكالة عامة بإقامة جميع الدعاوى وبالتالي يكون له رفع دعوى الشفعة[1].

ولم ينظم القانون اللبناني، على خلاف القانون المصري، إجراء مستقلاً لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، بل جعل إعلان هذه الرغبة بطريق رفع دعوى الشفعة[2].

فإذا لم يستجب المشتري للشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة رضاء وجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة خلال ميعاد معين يختلف بحسب الأحوال على نحو ما سنرى إلى محكمة وجود العقار بحسب الثمن المذكور من العقد.

٢ ـ ميعاد رفع الدعوى:

تنص المادة ٢٤٧/ ٢ ملكية عقارية على ما يلي: «وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة تحت طائلة السقوط».

وتنص المادة ٢٤٨ ملكية عقارية على أنه «إذا لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري. وتسري هذه المدة بحق فاقدي الأهلية والغائبين».

«وأن المدة المذكورة في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور في العقد».

على ضوء هذه النصوص يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

= حاتم جـ ١ ص ٣٩.

(١) محكمة التمييز المدنية قرار رقم ٦٨ في ٨/٦/ ١٩٧١ مجموعة حاتم جـ ١٢٥ ص ٣٨ ـ ٤١. محكمة استئناف جبل لبنان المدنية قرار رقم ٤٣٤ في ١٩٦٢/١٢/٢٧ نفس المجموعة جـ ٥٩ ص ٣٦، ٣٧، محكمة بداية بيروت الغرفة المدنية الثالثة حكم رقم ٢٨٠ في ١٩ نيسان ١٩٥٠ عبد المنعم فرج الصدة. فقرة ٢٨٤ ص ٤٦٢ هامش ٣.

(٢) محكمة التمييز المدنية قرار رقم ٦٨ في ٨/٦/ ١٩٧١ مجموعة حاتم جـ ١٢٥ ص ١٣٨ ـ ٤١. انظر عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٤ ص ٤٦٣.

الفرض الأول: إذا قام المشتري بعد تسجيل عقده بتبليغ الشفيع. في هذه الحالة يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة في ميعاد عشرة أيام من تاريخ التبليغ الذي وجهه المشتري مضافاً إليه مهلة المسافة المنصوص عليها في المادة ٤٢٠ أصول محاكمات مدنية. وهذه المدة ميعاد سقوط، وليست مدة تقاوم فلا يرد عليها وقف ولا تنقطع إلا برفع دعوى الشفعة. وباعتبارها ميعاد وسقوط تسري في حق فاقدي الأهلية والغائبين.

ويجب أن يتم التبليغ وفقاً للأصول الخاصة التي نص عليها المشرع أي أن يتم إعلام المشتري للشفيع بوقوع البيع بواسطة الكاتب العدل ولا يعتد بأي إجراء آخر يفيد ذلك التبليغ. ويخضع هذا التبليغ لقواعد أصول المحاكمات المدنية (م ٣٩٧ وما بعدها).

والمقصود بالمطالبة بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي هذا التبليغ هو تقديم الدعوى إلى قلم المحكمة دون أن يلزم تسجيل إشارة الدعوى في صحيفة العقار المعني وفقاً لأحكام المادتين ٩، ٤٧ من القرار ١٨٨ حيث أن عدم التسجيل أو التأخير في إجراءاته يمكن تصحيحه أثناء سير الدعوى حيث أن القانون لم يستلزم لتسجيل إشارة الدعوى مهلة معينة. ويكون جزاء التأخير في تسجيل إشارة الدعوى عدم سريانها بحق الغير الحسني النية إلا من تاريخ تدوين إشارتها على الصحيفة العينية، وإذا كان الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة للعلاقة بين البائع والمشتري المشفوع منه، فإنه لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى الدعوى المقامة بوجهه[1].

وعلى ذلك أنه يكفي لقبول الدعوى أن تقدم إلى قلم المحكمة خلال الأيام العشرة التالية للتبليغ.

الفرض الثاني: إذا لم يقم المشتري بالتبليغ بعد تسجيل عقده، أو إذا كان هذا التبليغ باطلاً وبالتالي لا تنفتح به مدة الأيام العشرة. يحق للشفيع أن يرفع دعوى الشفعة خلال سنة من يوم تسجيل البيع في السجل العقاري (م ٢٤٨/ ١ ملكية عقارية).

---

(١) محكمة التمييز ـ الغرفة الثالثة ـ قرار رقم ٥٦ في ١٢/ ١٠/ ١٩٩٢ المصنف جـ٢ ص١٩٩.

ومدة السنة ميعاد ناقص أي يجب أن ترفع الدعوى خلاله. وهذه المدة ميعاد سقوط فلا يرد عليها الوقف ولا تنقطع إلا برفع دعوى الشفعة (م ٢٤٨/ ٢ ملكية عقارية) وتسرى هذه المدة بحق فاقدي الأهلية والغائبين (م ٢٤٨/ ١ ملكية عقارية).

وإذا كان عقد البيع لم يسجل فرفع المشتري على البائع دعوى صحة التعاقد وسجل صحيفتها، فإن مدة السنة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى الشفعة لا تبدأ إلا من تاريخ تسجيل الحكم الذي يصدر بصحة البيع ونفاذه وليس من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى.

كما أن مدة السنة لا تبدأ إلا من تاريخ التسجيل الذي يتم في الصحيفة العينية في دفتر الملكية وأنه لا عبرة للقيد الاحتياطي أو للتسجيل في السجل اليومي[1].

الفرض الثالث: إذا لم يكن هناك تسجيل للعقد، وبالتالي لا يكون هناك تبليغ، ولا سريان لمدة السنة عند عدم وجود تبليغ فهل يقف الشفيع مشلول الحركة أمام هذا الموقف حيث أنه لا يجوز له طلب الشفعة إلا بالنسبة للعقد المسجل؟؟

فهل يمكن التغلب على هذا الموقف عن طريق الدعوى غير المباشرة؟؟ على أساس أن الشفيع دائن محتمل للمشتري بحق الشفعة وأن المشتري دائن للبائع بنقل حق ملكية المبيع ويمكن إلزامه بالتسجيل. فيكون للشفيع أن يستعمل حق المشتري (مدنية) قبل البائع (مدين المشتري) لإلزامه بالتسجيل ومن ثم يستطيع أن يطالب بعد ذلك بماله من حق شفعة (استناداً إلى نص المادة ٤٨ موجبات وعقود، والمادة ٢٦٧، ٢٦٨ ملكية عقارية)[2].

وقد انقسمت أحكام المحاكم بصدد هذه المسألة. فمن المحاكم ما ذهب إلى جواز استعمال الشفيع حق المشتري، نيابة عنه، عن طريق الدعوى غير المباشرة لإلزام البائع بالتسجيل[3] بينما ذهبت بعض المحاكم إلى عدم جواز

(١) استئناف جبل لبنان ـ قرار رقم ١٣٠ في ٢٩/ ١٢/ ١٩٨٨ المصنف جـ ٢ ص ٢٧٨.

(٢) استئناف بيروت في ٢٣/ ٣/ ١٩٩٤ المصنف جـ ٢ ص ٣٢٣.

(٣) محكمة التمييز في ١٦/ ١١/ ١٩٦٢، المصنف جـ ١ ص ٥١٧.

ذلك[1].

في الحقيقة إنه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن الشفعة رخصة وليست حقاً، وأنها سبب من أسباب كسب الملكية ولكنها ليست حقاً. ون الثابت أن الرخص تخرج كمبدأ عام من نطاق الدعوى غير المباشرة. لأن استعمال هذه الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام[2].

٣ ـ المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة:

من حيث الاختصاص المحلى فقد حددها قانون الملكية العقارية بالمادة ٣/٢٤٨ بنصها أن «... إقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور في العقد».

أما الاختصاص النوعي أو القيمي فقد أشارت العبارة الأخيرة من المادة ٣/٢٤٨ ملكية عقارية على أنه يتحدد بحسب الثمن المذكور في العقار طبقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية. وطبقاً لنص المادة ٨٦، ٩٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية نجد أن القاضي المنفرد يختص بدعوى الشفعة إذا الثمن المحدد في العقد لا يزيد على عشرة ملايين ليرة. وأن الغرفة الابتدائية تختص بهذه الدعوى إذا زاد الثمن على عشرة ملايين ليرة.

ونحن نرى أن مخالفة قواعد الاختصاص المحلى باعتباره من الإجراءات الواجبة في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة وبالتالي عدم قبول الدعوى ولا يكون للشفيع أن يجدد إجراءاتها من جديد أمام المحكمة المختصة محلياً. وعلى ذلك إذا رفعت دعوى الشفعة في الميعاد أمام محكمة غير محكمة وجود العقار سقط حق الشفيع في الشفعة لأن هذا الاختصاص نص عليه قانون

---

(١) استئناف مدني بتاريخ ٢٨/١٠/١٩٥٩ خلاصة الاجتهاد صفحة ١٤٥٠. استئناف البقاع في ٢٠/٩/١٩٨٨ المصنف جـ ٢ ص ٢٩١.

(٢) انظر مؤلفنا في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة ١٩٩٥ ص ١٢٨ وما بعدها. وانظر في عرض مفصل للحجج التي تؤيد هذا الرأي عفيف شمس الدين، أسباب كسب الملكية ص ٢٢٧ وما بعدها.

الملكية العقارية بين إجراءات الشفعة وبالتالي لا يرجع فيه إلى قواعد قانون أصول المحاكمات باعتبار أن ذلك حكماً خاصاً[١].

أما إذا رفعت دعوى الشفعة أمام القاضي المنفرد وكان يجب رفعها أمام الغرفة الابتدائية حيث أن الثمن المحدد في العقد يزيد على عشرة ملايين ليرة فإن ذلك لا يؤثر على قيام الدعوى ويحكم القاضي المنفرد بعدم الصلاحية والإحالة إلى الغرفة الابتدائية[٢]. بمعنى أن مخالفة أحكام الاختصاص النوعي أو القيمي يخضع لقانون أصول المحاكمات لأنه لم يتحدد على نحو قاطع في قانون الملكية العقارية كما هو الحال بالنسبة للاختصاص المحلي[٣].

ثانياً ـ الأشخاص التي ترفع عليهم دعوى الشفعة:

في القانون اللبناني لا يلزم أن ترفع دعوى الشفعة على المشتري والبائع وإنما يكفي رفعها على المشتري. والسبب في هذا الاختلاف يرجع إلى أن القانون اللبناني لا يجيز الشفعة إلا في العقد المسجل وبالتالي تكون الملكية انتقلت من البائع إلى المشتري. كما أن الشفيع يعتبر في هذا القانون خلفاً للمشتري وليس للبائع وهذا نتيجة طبيعية لاشتراط تسجيل عقد البيع المشفوع فيه، وبالتالي تنحصر آثار الشفعة بين الشفيع والمشتري بخلاف القانون المصري الذي يجعل الشفيع يحل محل المشتري فما له من حقوق والتزامات في مواجهة البائع.

وإذا كان المشتري قد قام ببيع العقار إلى شخص آخر وقام هذا الأخير بتسجيل عقده قبل رفع دعوى الشفعة وتسجيلها فإن دعوى الشفعة لا ترفع في

---

(١) محكمة التمييز هيأتها العامة بتاريخ ٨/٧/١٩٧٠ قرار نقض رقم ٤ المصنف جـ١ ص ٤٥١ وهذا ما يتفق مع حكم القانون المصري في هذا الخصوص.

(٢) دعوى الشفعة من الدعاوى الشخصية العقارية الاختصاص المحلي فيها طبقاً لنص المادة ٩٩ أصول محاكمات مدنية إما للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو لمحكمة موطن المدعى عليه.

(٣) قارن عفيف شمس الدين، أسباب كسب الملكية ص ٢١٧.

هذه الحالة إلا في مواجهة المشتري الثاني الذي انتقلت له ملكية العقار على النحو السابق بيانه.

ملحق - إجراءات الشفعة بالنسبة للأراضي غير الممسوحة:

هذه الأراضي تخضع لنظام الشهر العقاري وهو نظام شخصي وقد صدر المرسوم الاشتراعي رقم ١٢ في ٢٨/ ٢/ ١٩٣٠ لينظم مكاتب الطابو ومكاتب التسجيل الخاصة بهذه الأراضي.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان يلزم أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به فإن هذا يقضي أن يكون عقده مسجلاً في مكاتب الطابو ومكاتب التسجيل طبقاً للمرسوم رقم ١٢ من ٢٨/ ٢/ ١٩٣٠ أو أن يكون قد اكتسب حقه بأي سبب من أسباب كسب الملكية التي لا يلزم فيها التسجيل كالميراث والوصية والتقادم. وبالتالي يجب التحقق أن الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به. أياً كان سبب ملكه قبل بيع العقار المشفوع فيه فإذا كان بالميراث فيجب أن تتحقق الوفاة قبل البيع المشفوع فيه، وإذا بالتقادم فيجب أن يكتمل مدة التقادم قبل هذا البيع. وهذا البيع يجب أيضاً في القانون اللبناني أن يكون مسجلاً في سجل الطابو المركزي لدى أمين السجل العقاري المركزي في بيروت.

وبناء على ذلك تحسب المدة المقررة في إجراءات الشفعة من هذا التسجيل. فيجب أن يتم تبليغ المشتري للشفيع بوقوع البيع بعد هذا التسجيل. ويجب أن ترفع دعوى الشفعة خلال سنة من تاريخ هذا التسجيل في حالة عدم وجود تبليغ[1].

---

(١) انظر تطبيق هذه القواعد استئناف جبل لبنان قرار رقم ٦٩ بتاريخ ١٤/ ٧/ ١٩٨٧ المصنف جـ ٢ ص ٣٠٩. ونحن نؤيد تماماً ما ذهبت إليه المحكمة لأنه يتفق مع نظام الشهر الشخصي كما يتفق وصحيح القانون. قارن عفيف شمس الدين، أسباب كسب الملكية ص ٢٧٨ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٢٨١.

المبحث الثالث: سقوط الشفعة

تمهيـد:

تنص المادة ٩٤٨ مدني على أنه: «يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(جـ) في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون» المشرع لم يرد أن يحصر حالات سقوط الشفعة في هذا النص وإنما ذكر ما كان يمكن أن يثور الشك حوله، كنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع، وحاله ما إذا لم يكن هناك إنذار فقرر ميعاد سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وهو الأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع. أما أسباب السقوط الأخرى فقد سبق أن رأيناها على مدار دراستنا لشروط وإجراءات الشفعة. فرأينا أن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط إذا لم يقم الشفيع بإعلان رغبته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار، إذا مضى خمسة عشر سنة على البيع دون إعلان الرغبة خلالها. أو عند زوال حق الشفيع أو انتقاله إلى الغير أو تغيير محله بما يؤدي إلى تخلف سبب الشفعة، إذا ترتب على بطلان إجراء من إجراءات الشفعة، وعند مخالفة أحكام إيداع الثمن، وأحكام رفع الدعوى، على النحو السابق بيانه. ولم يبق لنا إلا التعرض بالتفصيل لنزول الشفيع عن حقه، وأثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة.

أولاً ـ نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:

سبق أن رأينا أن حق الشفعة حق استثنائي تقرر على خلاف الأصل والقياس. كما أن هذا الحق الاستثنائي يحول دون ممارسة حق الملكية وحق التملك بحرية ولذلك أجاز المشرع نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨/أ مدني). وبذلك جعل النزول عن حق محتمل جائز حتى يضيق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع.

وسنعرض للتعريف بالنزول عن حق الأخذ بالشفعة، ثم نبين نطاقه، وأخيراً كيفية التمسك به.

١ ـ التعريف به:

(أ) **ماهيته:** النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يؤدي إلى سقوط هذا الحق.

وهذا النزول لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه (م ٩١ مدني).

(ب) **صوره وشكله:** وهذا النزول قد يكون بمقابل أو بدون مقابل[١] وقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً. والنزول الصريح يكون بطريقة مباشرة، باللفظ أو بالكتابة أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود[٢]. وحيث أن النزول يتضمن معنى الإسقاط فإنه عندما يكون ضمنياً

---

(١) منصور مصطفى منصور، فقرة١٤٩ ص٣٥٣، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦ ص٤٦٦.

(٢) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ الطعن رقم ٩٥٧ لسنة ٥٤ق. حيث قضت المحكمة بأنه: «لئن كان تراخي الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزوله عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراخي ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة ـ بإتيانه عملاً أو تصرفاً أو اتخاذ موقفاً لا يدع مع ترخيه ـ مجالاً للشك في دلالته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمنياً عن حقه في الشفعة وسقط بهذا النزول الضمني حقه فيها عملاً بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدني». والمحكمة تخلط بين استخلاص التعبير الضمني بوضوح من الظروف وبين اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود باعتباره تعبيراً صريحاً لا ضمني.

يجب أن يستخلص بوضوح من الظروف. أي يجب التشدد والحيطة في استخلاص التعبير الضمني.

هذا النزول لا يلزم فيه شكل خاص حتى ولو كان أثناء سير الدعوى، فلا يشترط في هذا النزول أن يكون مسبوقاً بابداء ترك الخصومة وفقاً للطريق الذي رسمه قانون المرافعات.

وذلك لأن النص على النزول ورد عاماً مطلقاً فلا محل لتقييده بشكل معين أثناء سير الدعوى. وفي القول بتطلب هذا الشرط استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٩٤٨/أ مدني أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء يقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولاً منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين في نظام تمليك الطوابق والشقق»[٢].

٢ ـ نطاقه:

وسنعرض هنا لنطاق النزول من حيث الزمان، ثم نعرض بعد ذلك لنطاقه من حيث الأشخاص.

(أ) نطاق النزول من حيث الزمان:

والنزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قد يكون مقدماً قبل البيع. وقد كان القضاء المصري في ظل قانون الشفعة السابق يذهب إلى عدم جواز النزول مقدماً عن الشفعة، لأنه لا يصح النزول عن حق قبل نشوئه، وذلك وفقاً لما

---

(١) نقض ١٤/٣/١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٥٠٢، ٢٤/١١/١٩٨٢ س ٣٣ ص ١٠٣٩.

(٢) نقض ١١/١١/١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص ١٤٢٤، ١٩/٤/١٩٨١ س ٣٢ ص ٨٧٨.

يذهب إليه الفقه الإسلامي[١].

وقد اتجهت محكمة النقض مع ذلك إلى جواز النزول مقدماً عن الحق في الأخذ بالشفعة «ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام حق محتمل الوجود متى كان الملتزم يعلم مقدماً كنه هذا الحق ومداه وأثر النزول عنه»[٢]، ثم جاء القانون المدني الحالي بنص صريح في هذه المسألة ويجيز هذا النزول ولو قبل البيع[٣] حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء[٤].

والغالب في الحياة العملية أن يتم النزول عن الأخذ بالشفعة مقدماً. فقد يحصل هذا النزول بمقتضى اتفاق بين المشتري والشفيع قبل أن يقدم المشتري على الشراء. وقد يكون مجرد شرط في العقد ذاته الذي تملك الشفيع بموجبه العقار الذي يشفع به. ومثل ذلك ما يجري عليه العمل في العقود التي تبرمها شركات استصلاح الأراضي حيث أنها تشترط على من يشتري قطعة من أراضيها النزول مقدماً عن الحق في الأخذ بالشفعة في بيع القطع الأخرى[٥].

ويجوز للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد إعلان الرغبة[٦]. ويظل له الحق في النزول إلى أن يثبت الحق فيها رضاء أو قضاء[٧] أما بعد ذلك فلم يعد هناك حق في الشفعة يجوز النزول عنه وإنما أصبح الشفيع طرفاً في عقد البيع

---

(١) محمد كامل مرسي جـ ٣ فقرة ٥٣٦، محمد علي عرفة جـ ٢ فقرة ٣٥٠ السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٣ ص ٤٥٤.

(٢) نقض ٢٠/٣/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٣ ص ٦٥٨.

(٣) المقصود منه جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة وبذلك يكون القانون قد حسم النزاع في هذا الصدد نقض ١٠/٣/١٩٦٠ س ١١ ص ٢١٣.

(٤) المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٤٤.

(٥) نقض ٢٠/٣/١٩٥٢ س ٣ ص ٦٥٨، ١٧/٢/١٩٥٥ س ٦ ص ٧١٨.

(٦) انظر حسن كيرة، فقرة ٣٦٧ ص ٦٤٥ حيث يرى النزول عن الشفعة يظل جائزاً للشفيع إلى حين إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة.

(٧) محمد علي عرفة جـ ٢ فقرة ٣٤٧ ص ٥٧٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٩ ص ٣٥٣ عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨.

المشفوع فيه وبعد تسجيل العقد أو الحكم أصبح مالكاً للعقار المشفوع فيه.

والنص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذي يجيز الشفعة في نطاق الحدود التي بينها القانون فلا يجوز التوسع في تفسيره[1] فإذا كان التنازل عن حق الشفعة مقصور على البيع الذي قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة فإن هذا لا يتعدى إلى البيع الصادر للغير من مشتري هذه الأرض[2].

(ب) نطاق النزول من حيث الأشخاص:

إذا نزل الشفيع عن الحق في الأخذ بالشفعة فإن هذا النزول يؤدي إلى عدم جواز مطالبته بالأخذ بالشفعة لسقوط الحق فيها، وهذا أمر مفهوم وواضح ولكن ما مدى أثر هذا النزول بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص؟.

ـ بالنسبة للخلف العام فإن النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة يعتبر من قبيل الالتزامات وبالتالي يعتبر ديناً في تركة المورث ويسأل عنه الورثة في حدود هذه التركة ويجب الوفاء به عيناً قبل أن يخلص له حقه في تلك التركة. وعلى ذلك إذا كان المورث قد نزل عن الأخذ بالشفعة كأن اشترى عقار والتزام في عقد البيع بعدم طلب الشفعة عند بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار وبعد الوفاة اختص أحد الورثة بهذا العقار، ثم حدث أن بيع أحد العقارات المجاورة لهذا العقار فإنه لايجوز لهذا الوارث أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد أن ثبت الحق فيها وذلك لسبق نزول المورث عنها، أما إذا كان المورث قد نفذ الالتزام بعدم طلب الشفعة في حياته فإن تم بيع العقار ولم يطلب الشفعة فيه فلا يكون على الورثة شيء، وإذا توفر لهم سبب من أسباب الشفعة خاص بهم بالنسبة للعقار الذي سبق وأن نزل المورث عن حق الأخذ بالشفعة فيه، فإنه يجوز لهم الحق في الأخذ بالشفعة.

---

(١) نقض ١٧/٢/١٩٥٥ السابق الإشارة إليه.

(٢) ٢٠/٣/١٩٥٢ السابق الإشارة إليه.

- أما بالنسبة للخلف الخاص، وهو من يتلقى من سلفه مالاً معيناً أو حقاً عينياً كان قائماً في ذمة السلف، كالمشتري والموهوب له والموصي له بعين معينة.. إلخ. ومثال ذلك اشترى شخص قطعة أرض مستصلحة من شركة استصلاح الأراضي والتزم في عقد الشراء بعدم المطالبة بالشفعة عند بيع الشركة للقطع المجاورة، ثم قام المشتري بيع هذه القطعة التي اشتراها إلى مشتر ثانٍ فهل يتقيد هذا المشتري بالنزول الصادر من سلفه؟.

يذهب الرأي السائد في الفقه، بحق، إلى أن المشتري الثاني يتقيد بالنزول الصادر من سلفه طبقاً لنص المادة ١٤٦ مدني والتي تنص على أنه «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته. وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

وتعتبر الالتزامات التي عقدها السلف من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيها شروط ثلاثة:

١ - أن يكون الالتزام محدداً للشيء أي يقيد من استعماله أو يحد من سلطات المالك عليه.

٢ - وأن يكون ليس في الوسع أن ينفذه عيناً إلا من انتقل إليه الشيء.

٣ - وأن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف[1].

وعلى ضوء ذلك نجد أن النزول عن الشفعة مقتضاه الالتزام بعدم المطالبة بها، وهذا الالتزام من شأنه أن يحد من حرية المتنازل في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه مالكاً، فهو من هذا يحد من حرية الانتفاع بالمال ومن رخصة تملك هذا الشيء ومن ثم يعتبر محدداً للشيء، كما أن تنفيذ هذا الالتزام عيناً لا يمكن أن يكون إلا من جانب مالك الشيء، وأن هذا الالتزام تقرر بالنظر إلى العقار المشفوع به لا إلى شخص الشفيع، لكل ذلك يعتبر هذا الالتزام من مستلزمات الشيء وبالتالي ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف

---

(١) انظر مؤلفنا مصادر الالتزام، ص ٣٠٩.

الخاص[1] ويشرط أن يكون الخلف الخاص عالماً بهذا الالتزام.

٣ ـ كيفية التمسك به:

ويتم التمسك بالنزول عن الحق في الأخذ بالشفعة في صورة دفع يدفع به البائع أو المشتري دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع. وهذاالدفع يجب أن يبدى في صيغة صريحة جازمة تقرع سمع المحكمة فتدل على إصرار من أبداه على التمسك به دون غيره من الدفوع التي قد تختلط معه لأن العبرة بحقيقة الدفع ومرماه لا بالتسمية التي تطلق عليه[2].

والدفع بتنازل الشفيع عن حقه في الشفعة لا يجوز أن يتمسك به المشتري لأول مرة أمام محكمة النقض[3].

ثانياً: أثر موت الشفيع على الأخذ بالشفعة:

وهذا يتعلق بالفرض الذي يموت فيه الشفيع قبل أن يتم الأخذ بالشفعة، فالسؤال هل هذا الحق يسقط بالوفاة، أم أنه ينتقل إلى الورثة بانتقال العقار المشفوع به؟.

وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي ينص صراحة على انتقال الشفعة بالميراث، ثم عدل هذا النص في لجنة المراجعة وأصبح يقضي بعدم انتقال الحق في الشفعة. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ احتدم النقاش حول توارث حق الأخذ بالشفعة أدى في النهاية إلى حذف النص وترك حكمه لاجتهاد القضاء[4].

---

(١) عبد المنعم البدراوي، فقرة ٤٦١ ص ٤٧٧، إسماعيل غانم جـ ٢ ص ٤٩، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٤٩ ص ٣٥٥، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٨٦ ص ٤٧٠، انظر عكس ذلك محمد علي عرفة جـ ٢ فقرة ٣٤٨ ص ٥٧٥، عبد الفتاح عبد الباقي، فقرة ٢٧٢ ص ٣٨١، حسن كيرة. فقرة ٣٦٧ ص ٦٤٥، عزت حنورة فقرة ١٨٤ ص ٢٩٠.

(٢) نقض ١٦/١١/١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٦ ص ١٤٨٢.

(٣) نقض ١٥/٣/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٣١٩.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٤٥ وما بعدها.

والفقه مختلف حول هذه المسألة[1] ولكن الرأي السائد فقهاً[2] وقضاءً[3] يذهب إلى أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، وإنما ينتقل إلى ورثته.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٤٦ ملكية عقارية على أن «يسقط حق الشفعة:

١ - إذا لم يستعمله الشفيع خلال المدة القانونية المبينة في المادتين الآتيتين.

٢ - إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة في وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح يحتوي على بيان اسم المشتري والثمن والشروط ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل.

٣ - إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إمضاءه بلا تحفظ.

٤ - إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمناً. ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضى المشتري.

وقد سبق أن رأينا الحالة الأولى عند الحديث عن إجراءات الشفعة. فنحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الصدد.

الحالة الثانية: إذا أسقط الشفيع حقه قبل تسجيل المشفوع صراحة في وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوي على بيان اسم المشتري والثمن والشروط ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل.

---

(١) انظر عرض تفصيلي لهذا الاختلاف في الفقه الإسلامي وفقه القانون المدني السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ١٦٣ ص ٤٥٢ وما بعدها.

(٢) منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧، عبد المنعم فرج الصدة، ٢٠ فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٥، لبيب شنب، فقرة ١٠٢، ص ١٠٦، حسن كيرة، فقرة ٣٦٩ ص ٦٤٦ - ٦٤٨.

(٣) نقض ١٩٥٧/٣/٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٢١٤، ١٩٨١/٢/٢٤ س ٣٢ ص ٦١١، ١٩٨٧/١٠/٢١ الطعن رقم ١٧١٠ لسنة ٥٤ق.

وهذه الحالة تتعلق بالفرض الذي يكون هناك عقد بيع ولكن لم يتم تسجيله بعد. فأجازت للشفيع أن ينزل عن حقه في الأخذ بالشفعة بعد إبرام البيع ولو قبل التسجيل.

وهذا النزول يعتبر مقدماً قبل تسجيل البيع، وبالتالي قبل ثبوت الحق في الشفعة ولذلك أحاط المشروع هذا النزول بعدة قيود فاشترط أن يكون صريحاً وفي وثيقة خطية وثابت التاريخ وأن تتضمن كل البيانات المتعلقة بالبيع وأن لا يتم النزول قبل التسجيل بمدة تزيد عن ستة أشهر.

الحالة الثالثة: إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إمضاءه بلا تحفظ.

وهذا النزول الضمني يتم قبل تسجيل البيع ولذلك حصره المشرع في حالتين فقط وذلك لأنه تم في ظروف توحي باستنتاج هذا النزول وبالتالي لا يجوز إضافة أية حالات أخرى للنزول الضمني.

الحالة الرابعة: إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمناً. ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضى المشتري. وهذا النزول يخضع للقواعد العامة على النحو السابق بيانه.

- انتقال الحق في الشفعة بالميراث في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢٤٣ ملكية عقارية على أن «ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته» وبالتالي يتحقق انتقال الحق في الشفعة حتى لو مات الشفيع قبل رفع الدعوى.

- لا ينتقل حق الشفيع بالحوالة:

تنص المادة ٢٤٣ ملكية عقارية على أنه «... لا يجوز التفرغ عنه لشخص آخر». وهذا يرجع إلى أن حق الشفعة لا يمكن تصور انتقاله مستقلاً عن حق الملكية نظراً لارتباطه به كنتيجة طبيعية له. وعلى ذلك فإن حق الشفعة لا يقبل الانتقال بالحوالة منفصلاً عن العقار المشفوع به.

المبحث الرابع: آثار الشفعة

تمهيد وتقسيم:

إذا توفر سبب من أسباب الشفعة وشروطها فإن الشفيع يبدأ إجراءات الشفعة بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري فإن المشتري يمكن أن يستجيب إلى هذه الرغبة وبالتالي تتم الشفعة بالتراضي وقد لا يستجيب المشتري لهذه الرغبة فيضطر الشفيع أن يستكمل الإجراءات ليحصل في النهاية على حكم يثبت له حقه في الشفعة.

فإذا ما ثبت الحق في الشفعة رضاء أو قضاء فإنه يترتب على ذلك حلول الشفع محل المشتري فما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع وينشأ عن هذه الحلول عدة آثار سواء على مستوى العلاقة بين المشترى والشفيع، أو في العلاقة بين الشفيع والبائع، أو في العلاقة بين الشفيع والغير الذي تصرف له المشتري في العقار أو الذي رتب له حقاً عينياً عليه.

على ضوء ما تقدم يجب أن تعرض في مطلب أول، لثبوت الحق في الشفعة وأثره، ثم في مطلب ثان، لآثار حلول المشتري محل الشفيع. ولنر كل ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: ثبوت الحق في الشفعة وأثره

وسنعرض هنا لثبوت الحق في الشفعة رضاء أو قضاء، ثم نبين أن الأثر المباشر لذلك هو حلول المشتري محل الشفيع.

أولاً ـ ثبوت الحق في الشفعة رضاء أو قضاء:

وبحسب تسلسل الأحداث أن إجراءات الشفعة تبدأ بإعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشتري فرأينا أن المشتري قد يستجيب لهذه الرغبة ويتم التراضي على الشفعة، وقد لا يستجيب إلى هذه الرغبة فيضطر الشفيع المضي في إجراءات الشفعة إلى أن يحصل على حكم يثبت له الحق فيها. ولنعرض لكل من الفرضين:

١ ـ ثبوت الشفعة بالتراضي:

عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق في جانبه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يلج إجراءات الشفعة ويبدأ بالإجراء الأول والبديهي وهو إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري. وبذلك يكون الشفيع قد عبر عن إرادته بوضوح في رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة. في مواجهة هذا الموقف قد يقبل المشتري بالخروج من عقد البيع المشفوع فيه وإحلال المشتري محله فتقع الشفعة.

لكن كيف تتم الشفعة بالتراضي من الناحية القانونية؟ ونحن نرى أنه يكفي لاتمام الشفعة من الناحية القانونية والفنية رضاء المشتري بحلول الشفيع محله فما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع[1]. لكن تمام الشفعة على هذا النحو لا يجعلها نافذة في حق البائع إلا بإجراءين معاً: الإجراء الأول بإعلانه الرغبة إذا هذا الإعلان وحده يكفي لنفاذ هذا الحلول بالنسبة لما للمشتري من حقوق طبقاً للقواعد العامة. حيث يستوي لدى البائع أن يكون دائنه المشتري أو الشفيع خاصة وأن عقد البيع ليس من العقود ذات الاعتبار الشخصي. لكن بالنسبة لنفاذ حلول الشفيع فما على المشتري من التزامات لا يكفي فيه هذا الإعلان وإنما يلزم له الإقرار من جانب البائع إذ شخص المدين دائماً وأبداً محل اعتبار من جانب الدائن فإذا توفر ذلك فإن الشفعة تكون قد تمت صحيحة نافذة وملزمة لكل من الشفيع والمشتري والبائع. ولذلك لا يحق

(١) قارن السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٢٥ ص ٧٠١، ٧٠٢.

للبائع أن ينازع في ذلك فيما بعد[1] وبالتالي تستقر الشفعة للشفيع ويثبت له حقه في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة سواء سجل المشتري عقده أو لم يسجله[2].

وعلى ذلك نرى أنه يجب التفرقة بين الناحية الفنية بين تمام الشفعة، إذ يكفي فيه رضاء المشتري، ونفاذ الأخذ بالشفعة في حق البائع حيث لا يتم هذا النفاذ إلا بإقرار البائع وهذا الإقرار لازم بالنظر لحلول الشفيع محل المشتري فيما على هذا الأخير من التزامات في مواجهة البائع. أما الحلول محل المشتري فما له من حقوق فيكفي فيه إعلان الرغبة إلى البائع الذي سيظل قائماً إلى أن تتم الشفعة رضاء أو المضي في باقي الإجراءات لتتم قضاء. وهذا الاتفاق على إتمام الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. وإذا تقاعس أي من البائع أو المشتري من تنفيذ الالتزام بنقل الملكية يستطيع الشفيع أن يلجأ إلى دعوى صحة ونفاد الاتفاق ليحصل على حكم فيها يقوم بتسجيله لتنتقل الملكية بهذا التسجيل ومن وقت القيام به إلى الشفيع[3].

٢ ـ ثبوت الشفعة بالتقاضي:

الفرض الغالب أن المشتري لا يستجيب لرغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة وعندئذ يجب على الشفيع المضي في الإجراءات على النحو السابق بيانه والتي تنتهي برفع دعوى الشفعة أمام القضاء في هذه الحالة ينظر القضاء دعوى الشفعة طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات إلى ينهي الأمر بصدور حكم فيها. بمجرد أن يصبح هذا الحكم نهائياً بثبوت الشفعة فإنه يعتبر سنداً لملكية

(١) محمد لبيب شنب، يرى أن رضاء المشتري يغني الشفيع عن رفع الأمر للقضاء إلا إذا نازع البائع في استحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة، فقرة ١٠٧.

(٢) قارن مصطفى الجمال، فقرة ٣١٦ حيث يرى أنه إذا لم يكن قد تم تسجيل العقد المشفوع فيه فإنه يلزم موافقة كل من البائع والمشتري، إما إذا كان هذا العقد قد سجل فيكفي موافقة المشتري للشفيع على الأخذ بالشفعة.

(٣) ويذهب رأي آخر إلى أن تمام الشفعة رضائياً يحب أن يتم بموافقة أطرافه الثلاثة البائع والمشتري والشفيع، كما هو الحال بالنسبة للشفعة القضائية، عزت حنورة فقرة ١٩٢ ص ٣٠٦، ٣٠٧.

الشفيع، وبالتالي يجب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار إلى الشفيع (م ٩٤٤ مدني).

ويذهب الرأي السائد فقها[١] وقضاء[٢] إلى اعتبار أن هذا الحكم منشيء لحق الشفيع وليس مقرراً له. وهذا الرأي يتفق مع نصوص القانون المدني في هذا الصدد (م ٩٤٤ مدني) كما أنه يتفق وحقيقة الواقع لأن الشفعة تؤدي إلى نزع العقار المشفوع فيه من المشتري على خلاف سنده الذي يخول له حق تملك هذا العقار هذا الوضع الجديد لا يمكن أن يتم إلى بالتراضي أوْ بحكم القاضي. فالحكم لم يقرر وضعاً قائماً وإنما أنشأ وضعاً جديداً خلافاً لهذا الوضع القائم.

وعلى ذلك فإن الشفيع يتملك المبيع من وقت تسجيل الحكم بالشفعة أو تسجيل الاتفاق على الأخذ بالشفعة وما يترتب على ذلك من آثار النحو الذي سوف نراه فيما بعد.

ثانياً ـ حلول الشفيع محل المشتري:

١ ـ مصدر الحلول:

بمجرد أن يتم التراضي على الأخذ بالشفعة أو بصدور حكم بثبوت الحق في الشفعة يحل الشفيع محل المشتري فما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع[٣].

---

(١) انظر محمد كامل مرسي جـ ٣ فقرة ٤٨٣ ص ٤٦٩ ـ ٤٧١، شفيق شحاتة، فقرة ٢٧٦ وما بعدها ص ٢٨٤ وما بعدها، إسماعيل غانم، جـ ٢ ص ٩٦، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ وما بعدها، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٩١ ص ٤٧٩ وما بعدها، عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣١٠ ص ٤١٠ وما بعدها، محمد لبيب شنب، فقرة ١١٥ ص ١١٨ وما بعدها، وقارن السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٣٤ ص ١٥٤١ محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ١١٥ ص ١١٨ وما بعدها، أنور سلطان، تعليق في مجلة الحقوق س ٢ ص ٦٦٩ وما بعدها. حسن كيرة، فقرة ٣٧١ ص ١٥٠، وفقرة ٣٧٥ ص ٩٥٥، ٦٥٦.

(٢) نقض ١٩٥٩/٥/١٤ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٤٢٦، ١٩٦٤/٤/٩ س ١٥ ص ٥١٦، ١٩٧٠/٣/١٩ س ٢١ ص ٤٧٠، ١٩٨٤/١/١٩ س ٣٥ ص ٢٣٤، ١٩٨١/٣/١٢ س ٣٢ ص ٧٨٦.

(٣) انظر حسن كيرة فقرة ٣٧١ ص ٦٥١ وما بعدها حيث يرى أن المصدر المنشيء لحلول =

وفي ذلك تنص المادة ١٩٤٥ مدني مصري على أنه: «يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته».

٢ ـ وقت الحلول:

يتم حلول الشفيع محل المشتري من تاريخ الحكم المثبت للشفعة أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة. ويذهب بعض الفقهاء إلى هذا الحلول يتم من تاريخ انعقاد عقد البيع المشفوع فيه وذلك على اعتبار هذا الحكم مقرراً لا منشئاً[١]. ويذهب البعض الآخر إلى وقت الحلول يتحدد بتاريخ إعلان الرغبة[٢].

٣ ـ المقصود بالحلول:

يقصد بالحلول أن الشفيع يحل محل المشتري في مركزه العقدي، أي فيما له من حقوق والتزامات ودعاوي قبل البائع. وهذا يعني أنه الشفيع يحل محل المشتري في نفس العقد المشفوع فيه حيث لم يتغير في الرابطة العقدية إلا أحد أطرافها وهو المشتري مع بقائها على حالها، إذ يصبح الشفيع بدلاً منه هو الطرف الآخر قبل البائع في هذه الرابطة العقدية، وبالتالي لم ينشأ عقد بيع جديد لمجرد هذاالتغيير في أطراف الرابطة العقدية[٣] وهذا ليس بجديد في القانون المدني.

= الشفيع محل المشتري هو الإرادة المنفردة للشفيع. وبالتالي يعتبر التسليم بالشفعة من جانب المشتري أو صدور حكم من القاضي مجرد تقرير لترتب الحلول بإعلان الإرادة، وفي نفس هذا المعنى السنهوري، الوسيط جـ ٩ فقرة ٢٢٥ ص ٧٠٢.

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ٢٢٥ ص ٧٠٣، وفقرة ٢٢٦ ص ٧٠٥، وفقرة ٢٣١ ص ٧٣١.

(٢) محمد كامل مرسي، جـ ٣ ص ٤٦٧ هامش ١، أنور سلطان التعليق السابق ص ٧١٤ وما بعدها محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٣١٦ ص ٥٣٦، حسن كيرة، فقرة ٣٧٢ ص ٦٥٣.

(٣) انظر شفيق شحاتة، فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٦ وما بعدها حيث يرى أن هناك عقداً جديداً قد تم.

المطلب الثاني: آثار حلول الشفيع محل المشتري

يترتب على الأخذ بالشفعة أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته (م ٩٤٥/ ١ مدني) ولهذا الحلول آثار سواء في العلاقة بين المشتري والشفيع، أو في العلاقة بين الشفيع والبائع، أو في العلاقة بين الشفيع والغير. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً ـ في العلاقة بين الشفيع والمشتري:

ـ الفرض أنه قد تم تنفيذ العقد المشفوع فيه:

وهذه العلاقة تتجسد فيها أهم آثار الأخذ بالشفعة. وهذه العلاقة لا تظهر أهميتها بشكل جلي وواضح إلا إذا تم تنفيذ عقد البيع المشفوع فيه، إذ في هذه الحالة سيرتب الحلول أثره بأن يقوم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وفي مقابل ذلك يسترد المشتري الثمن وملحقاته من الشفيع.

١ ـ التزام المشتري بتسليم العقار للشفيع:

إذا تم للشفيع الأخذ بالشفعة، رضاء أو قضاء، فإنه يجب على المشتري تسليمه العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع. وعلى ذلك يجب أن نعرض لمصير ما أقامه المشتري من بناء أو غراس، ثم نقف على من تقع تبعة الهلاك بعد الأخذ بالشفعة، وأخيراً نعرف مدى حق الشفيع في ثمار هذا العقار.

(أ) ما مصير ما أقامه المشتري من بناء أو غراس؟

والفرض هنا أن المشتري قد تسلم العقار ليس هذا فحسب وإنما أقام عليه بناء أو غراس[1] مما يطرح تساؤلاً هاماً عن مصير هذا البناء أو الغرس. لمعرفة الحكم في هذه الحالة يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه قبل

(١) نقض ٥/٣/١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض س ٣٠ ع ١ ص ٧٠٨ فإن ذلك لا يحول دون الحكم للشفيع بأحقيته في الشفعة طالما توافرت لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها القانونية، والمشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة م ٩٤٦ مدني.

إعلان الرغبة في الشفعة. كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس. (م ١/٩٤٦ مدني). ويعتبر هذا حكم خاص بالنسبة لأحكام الالتصاق، حيث أن الشفيع ليس له أن يطلب الإزالة، كما أن الخيار معقود للمشتري وبالتالي سيختار أكبر القيمتين المذكورتين ويكون الشفيع ملزماً بدفعها. وبذلك يكون المشتري أفضل من مركز من يبني أو يغرس في ملك غيره وهو حسن النية حيث يخير مالك الأرض الذي يتملك بالالتصاق بين القيمتين المذكورتين (م ٩٢٥ مدني) وهو يختار بداهة أقل القيمتين.

الفرض الثاني: إما إذا كان البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجره العمل أو نفقات الغراس» (م ٢/٩٤٦ مدني). ويعتبر هذا حكم خاص أيضاً بالنسبة لأحكام الالتصاق، حيث أن مركز المشتري، أفضل من مركز من يبني أو يغرس في ملك الغير وهو سيء النية، إذ في هذه الحالة الأخيرة يلتزم مالك الأرض، إذا اختار إستبقاء المنشآت بأن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما ما زاد في ثمن الأرض، (م ٩٢٤ مدني) وهو يختار الأقل بطبيعة الحالة.

(ب) على من تقع تبعة الهلاك؟

الأصل في العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية تقع تبعة الهلاك على المدين بالالتزام بالتسليم. وعلى ذلك إذا هلك العقار بقوة قاهرة قبل أن يتسلمه الشفيع أو قبل إعذاره بتسلمه فتكون تبعة الهلاك على المشتري ويسترد الشفيع الثمن المودع من خزانة المحكمة. أما إذا كان العقار قد هلك بعد تسلمه من جانب الشفيع أو بعد إعذاره بتسلمه فإن تبعة هذا الهلاك تقع على الشفيع ولا يحق له أن يسترد الثمن المودع من خزانة المحكمة إذ يصبح هذا الثمن من حق المشتري.

(جـ) ما مدى حق الشفيع في ثمار العقار؟

الأصل أن ثمار العقار الذي أخذ بالشفعة من حق الشفيع. لكن من متى يكون له الحق في هذه الثمار؟ اختلف الفقه حول هذا الموضوع. فهناك رأي يذهب إلى أن الشفيع له الحق في هذه الثمار من وقت انتقال الملكية، أي من تاريخ الحكم النهائي بالشفعة(١). وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض(٢) ومن يرى أن وقت التملك يكون من وقت انعقاد العقد فإنه يطبق نفس الحكم على الثمار، ولكن يعفى المشتري ـ باعتباره حائزاً حسن النية ـ من رد الثمار من تاريخ البيع إلى حين إعلان الرغبة(٣) وعند من يقول بالتملك من تاريخ رفع دعوى الشفعة، تكون الثمار مستحقة من هذا التاريخ(٤).

ولكن غالبية الفقهاء تذهب، بحق، إلى أن الربط بين وقت التملك ووقت استحقاق الثمار ليس له ما يبرره في ظل القانون الحالي حيث أن هذا القانون يوجب على الشفيع إيداع الثمن ولذلك ليس من المقبول أن يلزم الشفيع بهذا الإيداع مما يحرمه من استعماله وفي الوقت نفسه يحرم من ثمار العقار. ولذلك، وحتى يتحقق التوازن اللازم، فإنه يجب أن تكون الثمار للشفيع من وقت إيداع الثمن(٥).

٢ ـ حق المشتري في استرداد الثمن والمصروفات من الشفيع:

إذا تمت الشفعة رضاء، بتسليم المشتري بحق الشفيع في الأخذ بالشفعة

---

(١) عبد المنعم البدراوي، فقرة ٣١ ص ٤١٢، عزت حنورة، فقرة ٢١٩ ص ٣٥٩ وما بعدهما.

(٢) نقض ١٤/٥/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٤٢٦، ٩/٤/١٩٦٤ س ١٥ ص ٥١٦.

(٣) السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ٢٤٥ ص ٧٧٣ وما بعدها.

(٤) محمد علي عرفة، جـ ٢ فقرة ٣١٤ ص ٥٣٣.

(٥) إسماعيل غانم، هـ ٢ ص ٩٦ وما بعدها، عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٩٣ ص ٤٨٢ وما بعدهما، منصور مصطفى منصور، فقرة ١٥٤ ص ٣٦٣، قارن حسن كيرة، فقرة ٣٨٢ ص ٦٦٦ حيث يرفض الربط بين التملك واستحقاق الثمار والربط بين وقتيهما إلا أنه يرى أن الثمار تستحق من وقت إعلان الرغبة وهو وقت الحلول ص ٧٦٧.

فإنه يكون من حق المشتري أن يسترد من الشفيع كل الثمن وملحقاته.

إما إذا تمت الشفعة قضاء، وذلك بعد اتمام إجراءات الشفعة التي من بينها إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، فإنه بعد الحكم في هذه الدعوى يكون للمشتري استرداد الثمن عن طريق سحب المبلغ المودع خزانة المحكمة وهو غالباً ما يكون معادلاً لهذا الثمن.

ولكن قد يودع الشفيع الثمن المسمى في العقد بالرغم من صوريته خوفاً من مخاطر فشله في إثبات الصورية فإذا ما نجح في إثبات الصورية وقضت المحكمة بالثمن الحقيقي فإن المشتري ليس إلا أن يسحب ما يعادل هذا الثمن الحقيقي وما زاد يعتبر من حق الشفيع.

وفي جميع الأحوال يحق للمشتري أن يسترد ملحقات الثمن أي مصروفات البيع التي أنفقها، كرسم الدمغة والتسجيل ومقابل السمسرة وأتعاب المحاماة. وهذه المصروفات لم يكن يشملها الإيداع وبالتالي يحق للمشتري أن يطالب بها أثناء نظر دعوى الشفعة أو بدعوى مستقلة بعد ذلك.

ومن حق المشتري أيضاً استرداد المصروفات الضرورية التي أنفقها على العقار من الشفيع، ولكن لا يحق له استرداد المصروفات الكمالية. أما المصروفات النافعة يحق للمشتري استرداد ما أنفقه منها قبل إعلان الرغبة، أما ما أنفقه منها بعد هذا الإعلان فلا إلزام على الشفيع بردها ولكن له أن يطلب الإزالة، فإذا ما اختار استبقائها فعليه أن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة وإما ما زاد في ثمن الأرض وهو يختار بطبيعة الحال أقل القيمتين. (م ٩٢٤ مدني).

وللمشتري الحق في حبس العقار إلى أن يسترد الثمن وملحقات والمصروفات الأخرى المستحقة من الشفيع.

ثانياً ـ في العلاقة بين البائع والشفيع:

من أثر حلول الشفيع محل المشتري فيما له من حقوق وما عليه من التزامات أن كل ذلك سيكون في الرابطة العقدية القائمة بين المشتري والبائع والتي سيكون طرفها الثابت دائماً البائع. ولذلك فإنه بمقتضى هذا الحلول

سيكون الشفيع هو الطرف الثاني في هذه الرابطة مع البائع بدلاً من المشتري. ويترتب على ذلك أن يقوم البائع بالوفاء بكل التزامات الناشئة عن العقد قبل الشفيع، كتسليم المبيع، ونقل ملكيته، في مقابل دفع الشفيع الثمن وملحقاته إذا لم يكن المشتري قد دفعه له من قبل. كما يلتزم البائع بالضمان، ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفيفة.

١ ـ التزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته:

والفرض هنا أن عقد البيع المشفوع لم يتم تنفيذه. إذ فهذه الحالة تقع على عاتق البائع الوفاء بكل الالتزامات الناشئة عن هذا العقد وأهمها بطبيعة الحال الالتزام بالتسليم وما يتصل بهذا التسليم من أحكام على النحو السابق بيانه بالنسبة للمشتري. كما أنه يلتزم بنقل ملكية العقار وبصفة خاصة إذا ما ثبتت الشفعة بالتراضي على النحو السابق بيانه.

٢ ـ التزام الشفيع بدفع الثمن:

فإذا ما تمت الشفعة رضاء فإنه يجب على الشفيع دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشتري قد دفعه من قبل حينئذ سيكون الثمن مستحقاً للمشتري.

أما إذا تمت القسمة قضاء، فإن الفرض أن الشفيع قد قام بكل الإجراءات اللازمة للشفعة ومن بينها إيداع الثمن خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة في هذه الحالة يكون للبائع سحب المبلغ المعادل للثمن، وهو غالباً ما يكون معادلاً له، لكن من المتصور أن يكون الثمن المودع أكبر من الثمن المحكوم به في حالة إيداع الشفيع الثمن المسمى في العقد ثم الطعن بالصورية ونجاحه في إقامة الدليل عليها إذا لا يكون مستحقاً إلا الثمن الحقيقي وهو أقل بطبيعة الحال من الثمن المودع، وتكون الزيادة من حق الشفيع.

ويخرج المشرع عن مقتضى هذا الحلول ويقرر أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع (م ٢/٩٤٥ مدني) ويبرر ذلك أن الأجل ما هو إلا ائتمان، والائتمان ليس إلا الثقة ولذلك فإن منح البائع الأجل للمشتري قد يكون مبني على ثقة خاصة في المشتري قد لا تتوافر

في الشفيع ولذلك جعل المشرع الأصل هو استحقاق الثمن ما لم يرتضي البائع السماح للشفيع الاستفادة من هذا الأجل.

٣ ـ التزام البائع بالضمان:

وهذا هو منطق الحلول حيث أن الشفيع هو الطرف الآخر في علاقة البيع القائمة والتي حل فيها بمقتضى الأخذ بالشفعة محل المشتري. وبالتالي لا يعتبر الشفيع خلفاً خاصاً للمشتري، وإنما هو خلف للبائع يتلقى منه العقار مباشرة ولذلك يستطيع الشفيع أن يطالب البائع بكل الالتزامات الناشئة عن هذا العقد. ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالضمان. وفي ذلك تنص المادة ٩٤٥ مدني بقولها «إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع».

والالتزام بالضمان يشمل ضمان عدم تعرض البائع الفعلي أو القانوني وكذلك يشمل ضمان تعرض الغير القانوني طبقاً للقواعد العامة في عقد البيع بشرط أن يكون للغير حقاً قائماً على البيع وقت البيع أو يكون قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع بنفسه.

كما أن البائع يلتزم لضمان العيوب الخفية رغم عدم وجود نص لأنه نتيجة طبيعية للحلول[١].

ومنطق الحلول يفرض أيضاً أنه إذا كان العقد متضمناً لشرط يعدل أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط فإن هذا الشرط يسري في حق الشفيع طبقاً للقواعد العامة في عقد البيع.

ثالثاً ـ في العلاقة بين الشفيع والغير:

ـ مصير التصرفات التي أجراها المشتري على العقار والحقوق التي رتبها عليه:

سبق أن رأينا أن الخط الفاصل بين نفاذ هذه التصرفات وعدم نفاذها في حق الشفيع هو تاريخ تسجيل إعلان الرغبة. وفي ذلك تنص المادة ٩٤٧ مدني

(١) انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا في البيع ص ٣٨٤ وما بعدها.

بقولها: «لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع يصدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار».

وسنعرض لمصير هذه التصرفات قبل التسجيل وبعد التسجيل.

١ ـ مصير هذه التصرفات والحقوق قبل تسجيل إعلان الرغبة:

ـ **بالنسبة للتصرفات:** بمفهوم المخالفة لنص المادة ٩٤٧ مدني تسرى في حق الشفيع تصرفات المشتري إذا كانت قبل تسجيل إعلان الرغبة. وعلى ذلك إذا تصرف المشتري في العقار بالهبة أو المقايضة فإن هذه التصرفات تسرى في حق الشفيع[١]. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة، لأن هذه التصرفات لا يجوز الشفعة فيها.

وإذا باع المشتري العقار بيعاً تجوز فيه الشفعة، فيترتب على سريان هذا البيع في حق الشفيع أنه لا يجوز له أن يشفع إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها (م ٩٣٨ مدني). وعلى ذلك ينبغي على الشفيع أن يوجه إجراءات الشفعة إلى كل من المشتري الأول. بصفته بائعاً ـ والمشتري الثاني ـ بصفة مشفوعاً منه ـ ولا يلزم بطبيعة الحال اختصام البائع الأول. ولا يشترط للأخذ بالشفعة في هذا البيع الثاني أن يكون مسجلاً[٢] ولكن يكفي أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

وإذا كان البيع الثاني ينصب على جزء من العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة فإذا أراد الشفيع أن يشفع في العقار كله فإنه يجب أن يتخذ إجراءات الشفعة في

---

(١) بشرط أن تكون قد تم تسجيلها لكي يمكن الإحتجاج بها في مواجهة الشفيع، طبقاً لنص المادة ١٩٣٤، مدني وكذلك نص المادة ٩، ١٢ من قانون الشهر العقاري.

(٢) لأنه لا يشترط ذلك في عقد البيع الأول وبالتالي لا يشترط في أي عقد بيع مشفوع فيه آخر سواء كان ثانياً أو ثالثاً طبقاً لنص المادة ٩٣٥ مدني والمادة ٩٣٨ من نفس القانون.

مواجهة كل من البائع الأصلي والمشتري الأول ـ البائع في البيع الثاني ـ أطراف البيع الأول والمشتري الثاني المشفوع منه في المبيع. والشفيع له أن يقتصر على الأخذ بالشفعة بالنسبة لأحد الجزءين. فإذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء الذي لم يتم التصرف فيه فإنه يوجه إجراءات الشفعة إلى البائع الأصلي والمشتري الأول فقط. وعلى العكس إذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء الذي باعه المشتري الأول. فإنه يوجه إجراءات الشفعة إلى المشتري الأول ـ بصفة بائعاً ـ والمشتري الثاني. لكن يجب أن يتوافر شروط الشفعة بالنسبة إلى الجزء الذي ينبغي أخذه بالشفعة. وهذا يعني أنه لو ترتب على هذه التجزئة أن أصبح الجزء الذي لم يتم بيعه أو الجزء الذي باعه غير مجاور لعقار الشفيع مثلاً فإنه لا يجوز للشفيع في هذه الحالة أن يأخذه وحده بالشفعة لانتفاء التلاصق.

ـ **بالنسبة للحقوق التي يرتبها المشتري على العقار**: إذا رتب المشتري للغير حقاً عينياً، أصلياً كان أو تبعياً، على العقار وتم تسجيله أو قيده بحسب الأحوال قبل تسجيل إعلان الرغبة فإن هذا الحق ينفذ في حق الشفيع ويتلقى العقار محملاً به.

وهذا لا يمنع الشفيع من الرجوع على المشتري بما يقابل النقص في قيمة العقار نتيجة لوجود هذا الحق، لأن الشفيع قد دفع للمشتري الثمن الذي دفعه في العقار للبائع دون أن يكون محملاً بشيء من ذلك، فالمشتري ملتزم بتسلم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

٢ ـ مصير هذه التصرفات والحقوق بعد تسجيل إعلان الرغبة:

إذا سجل الشفيع إعلان الرغبة، فيكون هذا الإعلان حجة على الغير، وبالتالي لا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري أو أي حق ترتب ضده (م ٩٤٧ مدني).

ـ تطبيقاً لذلك إذا باع المشتري العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسري هذا البيع في حق الشفيع، وبالتالي يبقى حقه في الأخذ بالشفعة قائماً في البيع الأول وبشروط هذا البيع ولا يلتزم بإدخال المشتري الثاني في دعوى

الشفعة. مع ملاحظة أن هذا الحكم مقرر لمصلحة الشفيع وليس مفروضاً عليه كما سبق أن رأينا، وبالتالي له أن يأخذ بالشفعة في أي من البيعين بحسب اختياره، وبحسب ما يراه محققاً لمصالحه مع مراعاة اتخاذ الإجراءات في مواجهة من يريد الأخذ منه بالشفعة.

ـ أما بالنسبة للحقوق الأخرى التي يرتبها المشتري أو تترتب ضده بعد تسجيل إعلان الرغبة، كالرهن والاختصاص فهي لا تسري في حق الشفيع حتى ولو كانت مقيدة طالما كان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، وبالتالي يتلقى الشفيع العقار ـ إذا ما حكم له بالشفعة ـ خالياً منها. ومع ذلك فإن هذه الحقوق لا تكون عديمة الأثر لأنها ستتعلق بالمقابل المالي للعقار والمتمثل في الثمن الذي يسترده المشتري عن طريق سحب المبلغ المودع ـ وذلك إذا كان قد سبق المشتري ودفع الثمن للبائع ـ ويباشر أصحاب هذه الحقوق ما لهم من أولوية على هذا الثمن إذا كانت حقوقهم المضمونة مستحقة الأداء، فإن لم تكن مستحقة الأداء خصص هذا الثمن للوفاء بحقوقهم عند استحقاقها.

ـ آثار الشفعة في القانون اللبناني:

نقطة الانطلاق في القانون اللبناني مختلفة تماماً عنها في القانون المصري. فالقانون اللبناني يعتبر الشفيع خلفاً خاصاً للمشتري وبالتالي لم يأخذ بفكرة الحلول في العقد المشفوع فيه الذي يأخذ بها القانون المصري. مع الأخذ في الاعتبار أيضاً أن القانون اللبناني يتطلب، على خلاف القانون المصري، أن يكون عقد البيع المشفوع مسجلاً وكذلك عقد الشفيع. وعلى ذلك ستختلف الآثار عنها في القانون المصري.

وتنص المادة ٢٥٣/١ ملكية عقارية على أنه «يعتبر الشفيع أنه قد اشترى من المشتري ويكون للشفعة بينهما مفاعيل البيع نفسه».

وعلى ذلك سوف نتبع آثار الشفعة في النقاط التالية:

أولاً: انتقال ملكية العقار إلى الشفيع بموجب حكم أو برضاء المشتري:

تنص المادة ٢٥٢ ملكية عقارية على أنه «يثبت حق الشفعة ويكتسب

الشفيع حق التسجيل إما بتسليمه العقار المشفوع برضى المشتري بعد دفع الثمن وتوابعه المعينة في المادة ٢٤٩، وإما بحكم صادر لمصلحة الشفيع».

فقد يستجيب المشتري لطلب الشفيع بأخذ العقار بالشفعة وبذلك تتم الشفعة رضا، ويترتب على ذلك أن يقوم المشتري بتسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع بعد دفع الثمن وتوابعه بطبيعة الحال. ويتم إفراغ هذا التراضي في اتفاق حتى يتسنى للشفيع تسجيله في السجل العقاري فتنتقل ملكية العقار إليه.

فإذا لم يستجب المشتري لطلب الشفيع فإنه ينبغي على الشفيع المضي في الإجراءات بأن يقوم برفع دعوى الشفعة حتى يستحصل على حكم نهائي فيها بثبوت الشفعة فيصبح الشفيع بمقتضى هذا الحكم مالكاً للعقار المشفوع فيه ومنذ صدور الحكم، (م ٢٠٤ ملكية عقارية) ويجب الآن دراسة ما هو مرتبط بانتقال الملكية من تبعة الهلاك، والحق في الثمار.

١ ـ بالنسبة لتبعة الهلاك:

الأصل في القانون اللبناني أن تبعة الهلاك بقوة قاهرة تقع على المالك. وعلى ذلك فإنه إذا هلك العقار المشفوع فيه بقوة قاهرة قبل تسجيل الاتفاق على الشفعة أو الحكم بثبوتها فإن هذا الهلاك يقع على المشتري. أما إذا وقع الهلاك بعد انتقال الملكية إلى الشفيع على النحو السابق بيانه فإن تبعة الهلاك تقع على الشفيع حيث أصبح هو المالك.

٢ ـ بالنسبة لحق الشفيع في الثمار:

الأصل أن للشفيع الحق في ثمار العقار المشفوع فيه، لكن متى يكون له هذا الحق؟ فهل يثبت له هذا الحق من تاريخ الحكم بالشفعة أم من تاريخ إيداع الثمن؟.

نحن نعتقد أنه لا يجوز ربط استحقاق الثمار بانتقال الملكية لأنه ليس في القواعد العامة ما يوجب هذا الربط خاصة وأن الشفيع ملزم بإيداع الثمن إلى يوم رفع دعوى الشفعة على الأكثر وهو بذلك يحرم من استعماله من هذا التاريخ لذلك فإن المنطق القانوني يملي أن يكون استحقاق الثمار من تاريخ إيداع الثمن

حتى لا تقع على الشفيع الخسارة كلها، حرمانه من استعمال الثمن وحرمانه من ثمار العقار في الفترة ما بين إيداع الثمن وصدور الحكم بالشفعة[1] مع كامل تسليمنا بأن الحكم بثبوت الشفعة حكم منشىء وليس مقرراً، لأن هذا لا شأن له باستحقاق الثمار. وأن الرأي الذي نقول به يتفق مع القواعد العامة في عقد البيع[2].

ثانياً: تحمل المشتري بالضمان نحو الشفيع:

وهذا يتفق مع منطق القانون اللبناني حيث أن الشفيع يعتبر خلفاً خاصاً للمشتري وليس للبائع. وفي ذلك تنص المادة ٢٥٣/١ ملكية عقارية بقولها: «يعتبر الشفيع أنه قد اشترى من المشتري ويكون للشفعة بينهما مفاعيل البيع نفسه». ولكن آثار العقد بين المشتري والشفيع هي ذاتها الآثار التي تترتب على البيع المشفوع فيه ومقتضى هذا أن المشتري هو الذي يكون ملتزماً أمام الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية. ولكن يكون للمشتري أن يدخل البائع في الدعوى حتى يصدر الحكم في مواجهته.

ثالثاً: التزام الشفيع بالوفاء بالثمن وملحقاته والمصروفات:

فإذا تمت الشفعة رضاءً فإنه يجب على الشفيع أن يدفع للمشتري الثمن ـ إذا كان قد دفعه للبائع من قبل ـ وتوابعه وما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة على العقار المشفوع فيه (م ٢٤٩ ملكية عقارية).

وإذا تمت الشفعة قضاءً، فإن الشفيع يكون قد أودع الثمن. فإذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، كان هذا الثمن المودع من حق المشتري. وإذا لم يكن قد دفعه بعد إلى البائع كان هذا الثمن المودع من حق البائع. وفي جميع الأحوال يستحق المشتري ما أنفقه على العقار من مصاريف ضرورية.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٢٩٤ ص ٤٨٥، وبينما يذهب دكتور عفيف شمس الدين إلى أن الثمار لا تستحق للشفيع إلا من تاريخ صدور الحكم، أسباب كسب الملكية، ص ٢٠، ٢٧١.

(٢) انظر مؤلفنا في عقد البيع ص ٣٦٩ وما بعدها.

حتى ولو أنفقت بعد طلب الشفعة (م ٢٤٩ ملكية عقارية).

لكن لا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه في العقد لمصلحة المشتري في دفع الثمن، إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة، فيما عدا حالة الأجل المنصوص عليه في العقد، لا يجوز للمحكمة أن تمنح الشفيع مهلة للدفع (م ٢٥٣ ملكية عقارية).

وتبرير هذا الحكم هو أن منح الأجل للمشتري يقوم على ثقة البائع فيه وليس بالضرورة أن تكون لديه نفس هذه الثقة بالنسبة للشفيع ولذلك ترك الأمر لتقدير المحكمة مع اتخاذ ما يلزم من ضمانات إذا ارتأت السماح للشفيع من الاستفادة من هذا الأجل.

وتنص المادة ٥ من قانون ٤٦١ في ١٩٩٥/٨/٣١ على أن تطبق على الدعوى العالقة بتاريخ نفاذ هذا القانون (٧/ ٩/ ١٩٩٥) الأحكام الآتية:

١ ـ إذا تبين للمحكمة أن الحق بالشفعة يرتكز على سبب قانوني وصحيح، يحكم للمشتري المشفوع منه بالتعويض المنصوص عليه في المادة ٢٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ ١٩٣٠/١١/١٢ (قانون الملكية العقارية) (وهو ثمن المبيع + نفقات العقد + بدل التحسين الطارىء على العقار بفعل المشتري).

٢ ـ كما يجوز أن يحكم للمشتري المشفوع منه بتعويض يضاف إلى تعويض الشفعة لا يتجاوز خمسة عشر بالماية (١٥٪) من قيمة العقار المشفوع كما تقدره المحكمة بتاريخ نفاذ هذا القانون.

وفي هذه الحالة يحق للشفيع أن يطلب من القاضي أن يمنحه مهلاً للإيفاء وأن يجعل تسديد التعويض الإضافي أقساطاً، وذلك وفقاً لأحكام المادة ٣٠٠ من قانون الموجبات والعقود على أن يتم تسديد آخر قسط في مهلة أقصاها سنة من تاريخ صدور الحكم.

٣ ـ لا يطبق البند (٢) من هذه المادة (الخاص بالتعويض الإضافي) على

الدعوى التي اقترنت بأحكام نهائية ومبرمة سواء كانت موضوع تنفيذ أم لم يطلب تنفيذها بعد.

٤ ـ لا يطبق البند (٢) من هذه المادة (الخاص بالتعويض الإضافي) على دعاوى الشفعة التي تقام بعد هذا القانون».

رابعاً: مصير تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه:

الخط الفاصل بين نوعين من التصرفات هو تسجيل دعوى الشفعة:

١ ـ تصرفات المشتري قبل تسجيل دعوى الشفعة:

قيام سبب من أسباب الشفعة بالنسبة لعقار معين لا يمنع المشتري من حرية التصرف في هذا العقار..

وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار أو وهبه أو قايض عليه أو رتب أي عليه حقاً عينياً، أصلياً أو تبعياً، كالارتفاق أو التأمين أو الرهن فإن كل هذه التصرفات تكون نافذة في حق الشفيع طالما أنها تمت قبل تسجيل دعوى الشفعة. وهذا ما يستفاد من مفهوم المخالفة من المادة ٢٥٠ ملكية عقارية والتي تقضي «إذا تم التفرغ عن المشفوع لشخص ثالث يقيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها».

ويترتب على ذلك إذا تصرف المشتري في العقار قبل تسجيل دعوى الشفعة تصرفاً لا تجوز الشفعة فيه، كأن وهبه أو قايض عليه، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة، بشرط أن يكون هذا التصرف قد تم قيده في السجل العقاري حتى يكون نافذاً في حق الشفيع.

٢ ـ تصرفات المشتري بعد تسجيل دعوى الشفعة:

في هذه الحالة لا يسري في حق الشفيع أي تصرف يجريه المشتري بعد تسجيل دعوى الشفعة في خصوص العقار المبيع.

وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار بعد تسجيل دعوى الشفعة فإن هذا

البيع لا يسري في حق الشفيع، ويبقى حق الشفيع في الأخذ بالشفعة قائماً بالنسبة للبيع الأول وبنفس شروط هذا البيع. وهذا الحكم مقرر لحماية الشفيع، وليس مفروضاً عليه مما يسمح له بالخيار بين البيعين للأخذ في أي منهما بالشفعة بشرط توجيه الإجراءات بطريقة صحيحة.

وإذا كان تصرف المشتري بترتيب حقوق عينية، أصلية كانت أو تبعية، على العقار المبيع وقيدت هذه الحقوق بعد تسجيل دعوى الشفعة فإنها لا تسري في حق الشفيع بحيث ينتقل العقار، إذا ما حكم له بالشفعة، غير محمل بها. مع مراعاة أن أصحاب الحقوق العينية التبعية تتعلق حقوقهم بالمقابل النقدي على النحو السابق بيانه.

الفصل الرابع

الحيازة

تمهيد:

تشغل الحيازة مكاناً هاماً في أسباب كسب الملكية، وذلك لما يترتب عليها من آثار قانونية خطيرة وهامة. ولذلك أولى المشرع الحيازة العناية الواجبة وكرس لها العديد من النصوص.

المشرع المصري قد كرس النصوص من ٩٤٩ إلى ٩٨٤ من التقنين المدني للحيازة تناول فيها كسب الحيازة وانتقالها وزوالها، (م ٩٤٩ ـ ٩٥٧) ثم تكلم عن حماية الحيازة ودعاوى الحيازة الثلاثة (م ٩٥٨ ـ ٩٦٧) وأخيراً بين آثار الحيازة (م ٩٦٨ ـ ٩٨٤).

وبالمثل اهتم المشرع اللبناني بالحيازة. ولكن أحكامها موزعة بين قانون الملكية العقارية وقانون أصول المحاكمات المدنية. ففي قانون الملكية العقارية كرس المشرع لحيازة العقار النصوص من ٢٥٥ إلى ٢٦٦. وفي قانون أصول المحاكمات المدنية كرس المشرع لحيازة المنقول النصوص من ٣٠٦ ـ ٣٠٧. ولكن هذا التنظيم غير كاف وغير شامل كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري[1].

ـ ولكن مما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن دراسة الحيازة بين أسباب الملكية لا يعني انحصار أثرها في كسب الملكية فحسب، وإنما آثار الحيازة

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ٣٠٨ ص ٤٩٧.

يتجاوز ذلك الأثر بكثير لترتب آثار أخرى هامة كما سنرى من خلال دراستنا للحيازة. علاوة على ذلك فإن القانون قد كرس الحماية للحيازة في ذاتها إذا وردت على عقار عن طريق عدة دعاوى هامة في الحياة العملية تسمى بدعاوى الحيازة.

خطـة الدراسـة:

ولدراسة الحيازة يجب أن نعرض في مبحث أول للحيازة بوجه عام، ثم نبين في المبحث الثاني، آثار الحيازة.

المبحث الأول: الحيازة بوجه عام

وندرس في هذا الصدد التعريف بالحيازة وتحديد نطاقها، ثم نبين بعد ذلك عيوب الحيازة، وأخيراً نعرض لكسب الحيازة وانتقالها وزوالها.

المطلب الأول: التعريف بالحيازة ونطاقها

وهنا نحدد المقصود بالحيازة، وعناصرها، ونطاقها.

أولاً: المقصود بالحيازة:

الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه. والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها[1].

وبناءً على ذلك يجب أن نحدد ماهية الحيازة، ونقف على الحيازة القانونية والحيازة العرضية.

١ ـ ماهيتها والحكمة من حمايتها:

الحيازة هي السيطرة الفعلية من جانب شخص من الأشخاص على شيء مادي معين مما يجوز التعامل فيه والظهور عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، فالعبرة في الحيازة بالحيازة الفعلية وليست مجرد تصرف قانوني قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة[2] بمعنى أن العبرة بأن شخص يسيطر سيطرة فعلية

---

(١) نقض ١١/٥/١٩٣٩ الطعن رقم ٤ سنة ٩ق.

(٢) نقض ٨/٢/١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ١٧٥.

على حق، سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن.

وتترجم السيطرة الفعلية على الحق في الواقع العملي باستعماله عن طريق القيام بالأعمال المادية التي يتقضيها مضمون هذا الحق. فالحائز بقصد الملكية، يستعمل الشيء محل الحيازة ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك، فإذا كان منزلاً، فيسكنه أو يؤجره، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن، أو غير ذلك. وذلك بصرف النظر عن أن هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه، فلسنا هنا بصدد حق الملكية بل في صدد الحيازة المادية لهذا الحق، أي في صدد استعمال هذا الحق استعمالاً فعلياً. وإذا كان الحق محل الحيازة حق آخر غير حق الملكية، كحق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلاً، فإن حيازته تكون باستعماله فعلاً، فيمر الحائز في أرض الجار، أو يأخذ الماء من مروى لجاره لري أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجري في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها. وذلك كله بصرف النظر عما إذا كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلاً[1] . ويصدق ذلك كله بالنسبة لباقي الحقوق العينية.

- وقد كرس المشرع الحماية لهذه الحيازة إذا وردت على عقار بدعاوى الحيازة. كما أن من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل العكسي. وللحيازة أثر هام وخطير وهو أنها تؤدي إلى كسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية أو الثمار التي ينتجها الشيء إذا توافرت شروط معينة.

والذي جعل المشرع يحتفي بالحيازة على هذا النحو أن هناك اعتبارات لها قدرها: **أولها**: حماية الوضع الظاهر إذ الغالب المألوف أن تكون هذه الحيازة مستندة إلى حق، بحيث يكون حائز الشيء مالكاً له أو صاحب حق عيني آخر عليه، **ثانيها**: كفالة السلم والأمن الاجتماعي بألا يعتدي على الأوضاع الفعلية القائمة، فلا يجوز لأحد أن ينازع الحائز سيطرته الفعلية على الشيء أو يعتدي عليها ولو كان هو المالك لهذا الشيء، فمن يدعي حقاً يخالف هذا الوضع

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٩ فقرة ٢٥١ ص ٧٨٤، ٧٨٥.

القائم أن يلجأ إلى القضاء للوصول إلى حقه، **ثالثها**: استقرار التعامل حتى لا يظل الغير الذي يتعامل مع الحائز معتقداً أنه مالك مهدداً باستحقاق الشيء للمالك الحقيقي. **رابعها**: أن الاعتبارات الاقتصادية تنهض مبرراً لحماية هذه الحيازة حيث الحائز الذي يحرص على استعمال الشيء واستغلاله يفضل، عند توافر شروط معينة، عن المالك الذي يقعد عن استغلال ملكه.

٢ ـ الحيازة القانونية والحيازة العرضية:

ـ **الحيازة القانونية** تترجم السيطرة الفعلية للحائز على الشيء علاوة على نية الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عيني آخر عليه. في الحيازة القانونية يحوز الشخص لحساب نفسه. وهذا هو المعنى المقصود من لفظ الحيازة la possession إذا أطلق.

ـ أما الحيازة العرضية détenticn ou possession précaire فإنها تقف عند مجرد السيطرة المادية على الشيء بحيث يكون الحائز حائزاً لحساب غيره لا لحساب نفسه، فلا تكون لديه نية الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عيني آخر عليه، والحائز العرضي هو كل من انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشيء يباشرها باسم الحائز ولحسابه، سواء كان ذلك بموجب عقد، كالتابع والوكيل والمستأجر والمستعير والمودع لديه وصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وغيرهم، أو بمقتضى حكم قضائي أو نص قانوني، كالحارس والسنديك ومصفي التركة ومصفي الشركة بعد حلها والوصي والقيم والوكيل عن الغائب» ويقع على الحائز العرضي دائماً التزام برد الشيء إلى مالكه.

والحائز العرضي قد تقتصر حيازته للشيء على مجرد الحيازة المادية المحضة وبالتالي لا يتصور وجود نية لديه في حيازة أي حق من الحقوق العينية كالمستأجر أو المستعير أو الوكيل أو المودع لديه. وقد يجمع بين هذه الحيازة المادية المحضة والحيازة القانونية وذلك حين يخول سند حيازته حقاً عينياً على الشيء، وفي هذه الحالة يحوز الحائز هذا الحق العيني لحساب نفسه مثل ذلك

صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى أو حق الحكر أو المرتهن رهن حيازة، فكل من هؤلاء يجوز الحق الذي يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ويحوز حق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك. وهذا الأخير يعتبر حائزاً لحق الملكية وإن كان يباشر السيطرة المادية بواسطة الغير.

ـ والتفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية يترتب عليها نتائج في غاية الأهمية: **أولاً**: إن الحماية بدعوى من دعاوى الحيازة مكرسة في الأصل للحيازة القانونية دون الحيازة العرضية، وإن كان المشرع قد خرج عن هذا الأصل بإعطاء المستأجر الحق في الالتجاء إلى هذه الدعاوى لحماية حيازته العرضية. **ثانياً**: إن الحيازة القانونية وحدها هي التي تؤدي إلى كسب الحقوق العينية بالتقادم.

ـ وبالرغم من كل ما تقدم فإن الحيازة العرضية يمكن أن تتحول إلى حيازة قانونية وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يغير الحائز صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة قانونية. لكن لا يكفي في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته وإلا زالت الحدود بين النوعين من الحيازة وأصبح من اليسير قلب كل حيازة عرضية إلى حيازة قانونية. ولذلك قرر المشرع أنه «ليس لأحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة» (م ٩٧٢/ ١ مدني مصري، م ٢٦١ ملكية عقارية لبناني). وعلى ذلك لا يملك المستأجر أو الوكيل أو المستعير أو المنتفع أو غيرهم من الحائزين العرضيين تغير نيته بنفسه تغييراً داخلياً محضاً يجعله يحوز الشيء لحساب نفسه وبنية تملكه، أي يحول حيازته العرضية إلى حيازة قانونية مكسبة لحق الملكية (م ٢٥٨/ ٢ ملكية عقارية).

ـ ومع ذلك يمكن تحويل الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية في حالتين (م ٩٧٢/ ٢ مدني مصري):

الحالة الأولى: بتغيير صفة الحيازة بفعل الغير، إذا حصل الحائز العرضي على سند من شأنه أن ينقل الملكية إليه لو أنه كان صادراً من مالك الشيء، فالفرض أن من صدر منه السند ليس بمالك، إذ لو كان هو المالك لانتقلت

ملكية الشيء إلى الحائز، مثال ذلك أن يشتري المستأجر العين المؤجرة من شخص يتصرف على أنه المالك الحقيقي وهو ليس كذلك، أو يصدر له من هذا الشخص هبة أو وصية. وفي مثل هذه الحالات يتغير سند الحيازة، فبعد أن كان عقد إيجار لا يخول إلا الحيازة العرضية، ليصبح سند للملكية، يخول الحيازة القانونية التي تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم بشرط أن يكون الحائز حسن النية، أي يعتقد أن الغير الذي صدر منه التصرف هو المالك الحقيقي للشيء، كما يجب أن يقترن ذلك بتغيير في سلوك الحائز بأن يظهر بمظهر المالك مع ما يترتب على ذلك من نتائج.

الحالة الثانية: تغيير صفة الحيازة بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك، بأن ينازع المالك ملكيته ويدعيها لنفسه.

وقد قضت محكمة النقض بأن «الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفي في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته بل يجب وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون تغيير النية بفعل إيجابي ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة حازمة على أن ذات اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونه»[1].

- النظرية الشخصية والنظرية المادية في الحيازة:

طبقاً للنظرية الشخصية، وصاحبها الفقيه سافيني Savigny، أن الحيازة لا تقوم إلا إذا كان الحائز يعمل لحساب نفسه، بمعنى أنه يباشر سلطته على الشيء بقصد الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عيني آخر عليه.

أما النظرية المادية، وصاحبها الفقيه إهرنج Ihering، ترى أن الحيازة تتوفر حيثما وجدت سلطة فعلية على الشيء، سواء أكان الحائز يباشر هذه

---

(١) نقض ١٥/١/١٩٨٧ الطعن رقم ٧٧٧ سنة ٥١ق، ٢٨/٥/١٩٨٩ الطعن رقم ٣١٩ سنة ٥٥ق.

السلطة لحساب نفسه، أم كان يباشرها لحساب غيره وإن كان يفيد من الحيازة. فلا يخرج من نطاق الحيازة سوى الحيازة التبعية، وهي التي يباشر الحائز سلطته على الشيء لحساب غيره دون أن يفيد من الحيازة، كما هو الحال بالنسبة إلى الخادم والسائق، فإرادة الحائز يعتبرها داخلة في نطاق السلطة الفعلية التي يباشرها الحائز على الشيء. فالإرادة ليس لها الدور الأساسي كما هو الحال بالنسبة للنظرية الشخصية.

ونطاق الخلاف بين النظريتين ينحصر في أن النظرية الشخصية لا تقرر الحماية القانونية بمقتضى دعاوى الحيازة إلا للحيازة القانونية دون الحيازة العرضية. أما النظرية المادية فترى أن هذه الحماية تشمل أيضاً الحيازة العرضية.

وقد كان لهاتين النظريتين انعكاس على التشريعات المختلفة. فنجد أن التشريعات الجرمانية، كالتقنين الألماني (م ٨٥٤، ٨٦٧) والتقنين السويسري (م ٩١٩، ٩٢٠) تأخذ بالنظرية المادية، بينما التشريعات اللاتينية، وعلى رأسها القانون الفرنسي، تأخذ بالنظرية الشخصية. والقانون المصري يأخذ بالنظرية الشخصية، ولا يمنح الحائز العرضي الحماية القانونية بدعاوى الحيازة إلا في حالات معينة على سبيل الاستثناء (انظر م ٩٥٨/ ٢ مدني حيث يجيز لمن يحوز بالنيابة عن غيره أن يسترد الحيازة، والمادة ٥٧٥/ ١ مدني حيث تخول المستأجر الحق في رفع جميع دعاوى الحيازة).

في القانون اللبناني: يأخذ المشرع بالنظرية الشخصية، ولا يمنح الحائز العرضي الحماية القانونية بدعاوى الحيازة إلا في حالات معينة على سبيل الاستثناء (م ٢٣ أصول محاكمات مدنية حيث تنص على أن «تقبل أيضاً دعوى الحيازة بنوعيها (دعوى منع التعرض م ٢٠/ ١ ودعوى استرداد الحيازة م ٢٠/ ٢) من الحائز العرضي كالوديع والمرتهن والمستأجر والمزارع وصاحب الامتياز في ملك الدولة العام، باستثناء الحالة التي تكون الدعوى موجهة فيها ضد من استمد الحائز العرضي حقوقه منه).

ثانياً: عناصر الحيازة:

للحيازة عنصران: ١ ـ عنصر مادي وهو عبارة عن الأعمال المادية التي يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة. ٢ ـ وعنصر معنوي وهو عبارة عن نية الحائز بالظهور بمظهر المالك للشيء أو صاحب حق عيني آخر عليه.

إذا اجتمع هذان العنصران كانت الحيازة حيازة قانونية. وإذا تخلف العنصر المعنوي فإن الحيازة لا تكون إلا حيازة عرضية، ولنعرض لكل من العنصرين في الفقرتين التاليتين:

١ ـ العنصر المادي Corpus:

والعنصر المادي يترجم في القيام بالأعمال المادية التي يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة. فإذا كان هذا الحق حق ملكية وجب أن يباشر الحائز الأعمال المادية التي يباشرها المالك، وإن كان حقاً عينياً آخر تعين على الحائز أن يقوم بالأعمال المادية التي يباشرها صاحب هذا الحق.

أما التصرفات القانونية، كالبيع والهبة والإيجار.. إلخ، فلا تكفي للدلالة على توفر العنصر المادي في الحيازة لسبب بسيط أن هذه التصرفات لا يقتضي صدورها عن الشخص أن يكون حائزاً، لأنها ترد على الحق ذاته ولا تقتضي أن تكون لمن صدر منه التصرف سلطة فعلية على الشيء.

ـ ليس هناك تلازم حتمي بين العنصر المادي ووجود الشيء تحت يد الحائز. فإذا كانت معظم الحقوق العينية تقتضي بأن يكون الشيء تحت يد الحائز أو تحت يد شخص آخر يعمل لحسابه إلا أن هناك منها ما لا يقتضي ذلك، مثل حقوق الارتفاق، ولذلك يكفي لتوفر العنصر المادي بصددها أن يباشر الحائز على العقار المرتفق به الأعمال المادية التي يخولها الارتفاق، كالمرور مثلاً، مع بقاء هذا العقار في يد مالكه.

ـ ويمكن أن يقوم بالأعمال المادية التي يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة، حتى يتوفر العنصر المادي، شخص آخر يعمل لحساب الحائز. وفي ذلك تنص المادة ٩٥١/١ مدني مصري على أنه «تصح الحيازة بالوساطة متى

كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ومتصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمان بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة» والحيازة بالوساطة تتسع لتشمل الوسيط الذي لا تكون له مصلحة في حيازته المادية للشيء، كالتابع والخادم والسائق ومدير الأعمال، أو الذي تكون له مصلحة في هذه الحيازة، كالمستأجر والمستعير حيث أنه في كلا الحالين يكون الوسيط حائزاً عرضياً يعمل لحساب الحائز الحقيقي، وهو المتبوع، أو المؤجر أو المعير.

ـ لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات. . (م ٩٤٩/ ٢ مدني مصري) ويقصد بذلك العمل الذي يأتيه الشخص في حدود حق مقرر له بحيث لا يتضمن معنى التعدي. فمثل هذا العمل لا يصلح أن يكون أساساً لحيازة مؤدية ألى كسب حق. مثال ذلك من يفتح منوراً في عقار له ويدوم أكثر من خمسة عشرة سنة فإنه مع ذلك لا يحق له أن يمنع الجار من البناء على حدود ملكه ولو ترتب على ذلك سد المنور بدعوى أنه كسب ارتفاقاً بالتقادم لأن فتح المناور يعتبر استعمالاً لرخصة، فهو لا يتضمن أي تعد على ملك الجار.

٢ ـ العنصر المعنوي animus:

وهو يترجم نية الحائز في أن يظهر بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر موضوع الحيازة، فهو يعبر عن نية الحائز في أن يعمل لحساب نفسه. فهو يقوم بالأعمال المادية التي تعتبر مزاولة للحق موضوع الحيازة لحساب نفسه. وعلى ذلك فمن لم يتوافر لديه هذه النية يعتبر حائزاً عرضياً على النحو السالف بيانه. ولا يلزم لقيام العنصر المعنوي معرفة الحائز على وجه التحديد لمدى الحق الذي يحوزه، فمن يحوز قطعة أرض بنية تملكها فهو يملك كل ما تحتويه هذه الأرض حتى ولو لم يكن يعلم الحائز بحقيقته، كالأحجار أو المعادن التي تحتويها الأرض ما لم تكن القوانين المرعية تمنع ذلك.

ومن يباشر الحيازة المادية يفترض لديه النية في أنه يعمل لحساب نفسه ومن يدعي خلاف ذلك عليه عبء الإثبات وقد نصت المادة ٢/٩٥١ مدني

مصري على أنه «عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه». كما أنه إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة» (م ٩٦٣ مدني).

ويجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية (م ٩٥٠ مدني) فيقوم النائب عنه بالعنصر المادي والعنصر المعنوي للحيازة.

ولا تقوم الحيازة على عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح (م ٩٤٩/ ١ مدني مصري) أي الذي يأتيه الشخص على ملك الغير ويتحمله الغير رغم ما فيه من تعد عفواً وتسامحاً منه، ويستفاد هذا التسامح غالباً من وقائع تدل على علاقة خاصة بين الطرفين أو على أن المالك لا يشعر بعبء يقع عليه من الأعمال التي تباشر على ملكه، كأن تكون بين الطرفين علاقة قرابة وما إلى ذلك وهذا الأمر يخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير يقوم على أسباب مسوغة.

في القانون اللبناني: كل هذه القواعد يمكن تطبيقها لأنها تتفق والقواعد العامة.

ثالثاً ـ نطاق الحيازة:

يتحدد نطاق الحيازة بحدين أساسيين، الأول أن يكون الشيء محل الحيازة مما يجوز التعامل فيه، ومما يجوز كسب ملكيته بالتقادم، والحد الثاني أن الحيازة ترد على الحقوق العينية.

١ ـ نطاق الحيازة من حيث الأشياء:

إذا كانت الحيازة لا تستلزم حتماً وجود حق للحائز، إلا أن الشيء محل الحيازة يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه، وأن يكون مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم.

(أ) أن يكون الشيء محل الحيازة مما يجوز التعامل فيه:

فالأشياء التي لا يجوز التعامل فيها لا تصح حيازتها. فالأموال العامة لا

تصح حيازتها لأنها لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م ٨٧/٢ مدني مصري، م ٢٥٦ ملكية عقارية لبناني والمادة الأولى من القرار اللبناني رقم ١٤٤/س في ١٠ حزيران ١٩٢٥) وكذلك العقارات المتروكة المرفقة (م ٢٥٦ ملكية عقارية).

(ب) أن يكون الشيء مما يجوز تملكه بالتقادم:

ليس كل شيء قابل للتعامل فيه يجوز اكتساب ملكيته بالتقادم. هناك أشياء يمكن أن تكون محلاً لملكية خاصة ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم، وبالتالي لا يصح حيازتها.

من ذلك في القانون اللبناني العقارات المقيدة في السجل العقاري، حيث لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري (م ١٩ من القرار رقم ١٨٨ في ١٩٢٦/٣/١٥ بشأن إنشاء السجل العقاري، م ٢٥٥ ملكية عقارية) وكذلك لا يسري مرور الزمن على العقارات الخاضعة لإدارة أملاك الدولة (م ٢٥٥ ملكية عقارية) بالرغم من أن هذه العقارات يمكن أن تكون محلاً لملكية خاصة، إلا أنه لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني آخر عليها بالتقادم.

في القانون المصري نجد أن الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما. وكذلك أموال الأوقاف الخيرية تصلح أن تكون محلاً لملكية خاصة ومع ذلك لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني آخر عليها بالتقادم (م ٩٧٠/ ٢ مدني[١]).

ومما تجدر ملاحظته أن الحائز العرضي للأموال العامة أو الخاصة للدولة يجوز له أن يحمي حيازته بدعوى استرداد الحيازة، وإذا كان مستأجراً جاز له أن يحمي حيازته بجميع دعاوي الحيازة.

في القانون اللبناني تنص المادة ٢٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية

---

(١) معدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ الجريدة الرسمية في ١٣/٨/ ١٩٧٠.

على أنه «تقبل أيضاً دعاوي الحيازة بنوعيها (دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة منصوص عليهما في المادة٢٠ من نفس القانون) من الحائز العرضي كالوديع والمرتهن والمستأجر والمزارع وصاحب الامتياز في ملك الدولة العام، باستثناء الحالة التي تكون الدعوى موجهة فيها ضد من استمد الحائز العرضي حقوقه منه».

ولكن في حالة التعدي على الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما وأموال الأوقاف الخيرية يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً (م ٩٧٠/ ٣ مدني) في القانون اللبناني يسري حكم القواعد العامة، أي لا يجوز الالتجاء إلى الطريق الإداري لدفع هذا الاعتداء وإنما تلجأ الحكومة إلى القضاء لحماية حيازتها بدعاوى الحيازة.

٢ ـ نطاق الحيازة من حيث الحقوق:

نقتصر الحيازة على الحقوق العينية، أي أنها لا ترد على الحقوق الشخصية. فالمستأجر لا يعتبر حائزاً قانونياً وبالتالي لا يجوز له اكتساب ملكية الشيء المؤجر أو أي حق عيني آخر عليه. ولكن يستثنى من ذلك حالة الدين الثابت في سند لحامله حيث يندمج الدين في السند فيكون حائز السند حائزاً للدين الثابت فيه.

والحيازة ترد على الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية. فالدائن المرتهن رهن حيازة يستطيع أن يكتسب حق الرهن على العقار المرهون رهن حيازة بالتقادم الطويل أو القصير بحسب الأحوال إذا كان هذا العقار غير مملوك للراهن وقت الرهن. وكذلك الأمر بالنسبة للمنقول المرهون رهن حيازة إذا كان غير مملوك للراهن وكان الدائن المرتهن حسن النية فإنه يكسب حق الرهن عليه بمجرد حيازته طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. لكن الحقوق العينية التبعية التي لا تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، فلا تصح حيازتها.

ويستوي في الشيء الذي يباشر الحائز سلطاته عليه أن يكون عقاراً أو منقولاً، شائعاً أو مفرزاً.

وتقتصر الحيازة على الأشياء المادية، التي هي محلاً للحقوق العينية، وبالتالي لا ترد الحيازة على الحقوق المعنوية كحق المؤلف، وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية. كما أن الحيازة القانونية لا تتصور بالنسبة لمجموع من الأموال، كأموال التركة، أو المحل التجاري فهذا المجموع لا يصح في جملته أن يكون محلاً للحيازة. لكن ليس هناك ما يمنع أن ترد الحيازة على عنصر مستقل من عناصرة.

المطلب الثاني: عيوب الحيازة

لا يكفي لقيام الحيازة أن يتوافر لها ركنها المادي وركنها المعنوي وإنما يلزم أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب. وعيوب الحيازة هي الإكراه، والخفاء، واللبس أو الغموض.

وفي ذلك تنص المادة ٢/٩٤٩ مدني على أنه: «إذا اقترنت (الحيازة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو خفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب».

وعلى ذلك فإن الحيازة المعيبة حيازة قائمة بعنصريها المادي والمعنوي، ولكن العيب الذي يشوبها يجعلها غير منتجة لآثارها في مواجهة الشخص الذي يقوم هذا العيب بالنسبة له، ولكنها صحيحة منتجة لآثارها بالنسبة إلى غيره. وتعاود الحيازة ترتيب آثارها من الوقت الذي يزول فيه العيب الذي لحق بها.

ولنعرض الآن لهذه العيوب.

أولاً ـ عيب الإكراه:

إن أحد الاعتبارات الهامة التي تقوم عليها حماية الحيازة هي كفالة

السلم والأمن الاجتماعي، فإن مقتضى هذا ألا تكون الحيازة نفسها قائمة في أساسها على الإكراه وإلا تكون غير جديرة بهذه الحماية.

فيجب أن تكون الحيازة هادئة paisible، فإذا اقترنت بإكراه كانت حيازة معيبة. والإكراه الذي يعيب الحيازة هو الذي يصدر من الحائز عند بدء الحيازة، أي أن الحائز يحصل على هذه الحيازة بالإكراه. فإذا ما بدأ الحائز حيازة هادئة فإنه يستطيع أن يدفع أي تعرض له من الغير في حيازته.

ويستوي أن يكون هذا الإكراه حسياً أي يتم باستعمال القوة، أو معنوياً أي يتم بالتهديد باستعمالها.

ثانياً ـ عيب الخفاء:

إن الحائز وهو في مباشرته للأعمال المادية في الحيازة يجب أن يظهر بمظهر المالك على الشيء أو صاحب حق عيني عليه. وهذا يقتضي أن تكون الحيازة ظاهرة أو علنية publique فإذا حصلت خفية كانت الحيازة معيبة.

فإذا كانت الأعمال التي يباشرها الحائز على الشيء ليس من شأنها أن تظهر الحيازة للجمهور، بمن فيهم أصحاب المصلحة في العلم بها، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء clandestinité. فالحيازة تتضمن معنى التعدي خاصة في مواجهة صاحب الحق، فإن مقتضى ذلك هو أن يباشر الحائز جميع الأعمال المادية التي يخولها مضمون الحق محل الحيازة كما يباشرها صاحب هذا الحق.

والجهل بالحيازة لا يعني خفاءها، فإذا كان الحائز قد حاز الشيء موضوع الحيازة بشكل ظاهر وعلني للكافة فإنه الحيازة في هذه الحالة لا تكون خفية حتى ولو كان المالك لم يعلم بها لغفلته أو لغيابه.

وعيب الخفاء مجاله المختار هو المنقولات، حيث أنها وحدها تقريباً يمكن أن يتحقق عيب الخفاء بصددها، أما العقارات فيندر أن تكون حيازتها خفية. وما يعطى في هذا الصدد من أمثلة ليست إلا مجرد أمثلة مدرسية محضة، من ذلك تعمد الجار المرور في الأرض المجاورة في أوقات لا يراه فيها

مالكها، أو أن الجار يستحوذ أثناء حرثه لأرضه على جزء من أرض الجار بطريقة تدريجية غير محسوسة في كل هذه الأمثلة تكون حيازة العقار مشوبة بعيب الخفاء.

ثالثاً ـ عيب اللبس أو الغموض:

إن الحيازة تقوم على مباشرة شخص للأعمال المادية التي يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة ويظهر في ذلك بمظهر المالك له أو صاحب حق عيني آخر عليه، وهو يقوم بكل ذلك لحساب نفسه لا لحساب غيره. فعندما يثور شك في ذلك، أي أن الأعمال التي يقوم بها يمكن أن تحتمل المعنيين، أي أنه يريد الاستئثار بالحق لنفسه، وأنه يجوز لحساب الغير فإن الحيازة يكتنفها الغموض واللبس وبالتالي تكون حيازة معيبة.

وعلى ذلك فيجب أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها ولا غموض équivoque وإلا كانت الحيازة حيازة معيبة.

وتثور مشكلة الحيازة الغامضة عادة بصدد الملكية العقارية الشائعة. كأن يضع أحد الشركاء يده على العقار الشائع كله، فلا يعرف ما إذا كانت نيته إنصرفت إلى الحيازة لحساب نفسه وبالتالي إلى الاستئثار بملكية العقار كله أم أنه يدير العقار لحساب الشركاء جميعاً، أي يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره. وتدور معظم القضايا أمام المحاكم حول ما إذا كان الوارث الذي يحوز عين من أعيان التركة يحوزها لحساب نفسه بقصد الاستئثار بملكيتها أم أنه يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الورثة. فهذا الغموض الذي يكتنف حيازة الرارث يجعل الحيازة غير منتجة لآثارها. فلا تؤدي إلى كسب الحق بالتقادم. لكن هذا لا يعني أن حيازة الشريك الشائع أو حيازة الوارث لأعيان التركة لا يمكن أن تكون حيازة صحيحة مؤدية إلى كسب الحق بالتقادم، وإنما كل ما هنالك عندما تبرأ هذا الحيازة من هذا اللبس أو الغموض ويظهر بشكل واضح أن الشريك أو الوارث ينكر على الشركاء الآخرين أو الورثة الآخرين حقهم ويباعد بينهم وبين الشيء الذي يحوزه فإن حيازته تكون حيازة صحيحة (وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض.

وتثور نفس المشكلة بالنسبة للمنقولات خاصة عندما يجمع الحائز الحالي والحائز السابق معيشة واحدة، كأن يضع الوارث يده على منقولات كانت لمورثه الذي كان معه في معيشة واحدة وتوفي، فلا يتضح ما إذا كان يحوز هذه المنقولات لحساب نفسه فحسب، أم أنه يجوزها لحساب نفسه ولحساب غيره من الورثة.

وعيب اللبس أو الغموض يشوب الركن المعني للحيازة، لأنه يتمثل في الشك الذي يثور حول نية الحائز بينما عيب الإكراه والخفاء يتعلقان بالركن المادي للحيازة.

وهذه العيوب عيوب مؤقتة، فمن الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب تبدأ الحيازة صحيحة وبالتالي منتجة لآثارها. كما أن هذه العيوب عيوب نسبية، بمعنى أن الحيازة لا تنتج آثارها إلا بالنسبة لمن وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها أما ماعداه فإن الحيازة تكون صحيحة طالما أنها مبرأة من أي من هذه العيوب.

عدم استمرار الحيازة لا يعتبر عيباً وإنما هو يتصل بالعنصر المادي للحيازة، وبالتالي يحول دون قيام الحيازة أصلاً لتخلف ركنها المادي.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢٥٧ ملكية عقارية على أنه: «يكتسب حق القيد في السجل العقاري، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة. .» كما نصت المادة ٢٥٨ ملكية عقارية على أنه: «يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التي يظهر فيها باستعمال الحق الموجود في اليد بصورة اعتيادية منتظمة. ويمكن لمن يدعي بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذي اتصل منه العقار إليه».

يتضح من ذلك أن عيوب الحيازة في القانون اللبناني ثلاثة:

١ ـ الإكراه، ٢ ـ الخفاء، ٣ ـ الاستمرار.

وقد سبق أن تعرضنا للإكراه والخفا، ولكن مما تجدر ملاحظته أن إغفال القانون اللبناني لعيب اللبس ليس معناه عدم لزوم هذا العيب، وإنما عيب اللبس مسلم به بداهة وبدون نص (ومع ذلك انظر بالنسبة لحيازة المنقول نص المادة ١/٢١ من قانون أصول المحاكمات المدنية). كما أن عيب عدم الاستمرار يذهب الفقه الغالب إلى أنه ليس مجرد عيب وإنما هو يحول دون قيام الحيازة من أصلها لأنها مقتضاه تخلف الركن المادي للحيازة.

المطلب الثالث: كسب الحيازة وانتقالها وزوالها

ومن هنا سنبين كيف يتم كسب الحيازة وكيفية انتقالها وزوالها.

أولاً ـ كسب الحيازة:

إذا اجتمع للحائز ركنا الحيازة، المادي والمعنوي، فإنه يكتسب الحيازة القانونية.

والحيازة قد تكسب ابتداء، أي بعمل يصدر من جانب الحائز وحده، أي يكون الحائز هو أول من يجوز الشيء ولم يكن هناك حائز قبله. وقد تكسب الحيازة انتقالاً من حائز سابق، وهذا يتحقق في حالتين: **الأولى**: عندما تنتقل الحيازة بقوة القانون، وذلك عندما يكون الحائز الحالي خلفاً عاماً للحائز السابق، كالوارث بالنسبة للموروث. **الثانية**: عندما تنتقل الحيازة بمقتضى تصرف قانوني، كعقد بين الحائزين، أو كوصية من الحائز السابق. ففي هذه الحالات يكون الحائز الحالي خلفاً خاصاً للحائز السابق، كالمشتري والموصى له بعين معينة من أعيان التركة.

ومما تجدر ملاحظته أن هناك فارقاً هاماً بين حيازة الخلف العام وحيازة الخلف الخاص، فالأولى تعتبر استمراراً لحيازة السلف، بينما الثانية تعتبر حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف.

ثانياً ـ كيفية انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص:

تنص المادة ٩٥٢ مدني على أنه: «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا إتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلم مادي للشيء موضوع الحق».

وقد نصت المادة ٩٥٣ مدني على أنه: «يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن حساب نفسه».

وتنص المادة ٩٥٤ مدني على أن: «١ ـ تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن تقوم مقام تسليم البضائع ذاتها»، «٢ ـ على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النسة فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة».

وعلى ذلك يجب لكي تنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص توافر شرطان:

١ ـ أن يكون هناك اتفاق على انتقال الحيازة من السلف إلى الخلف. وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمنياً.

٢ ـ أن تتوفر للخلف القدرة على أن يسيطر على الحق موضوع الحيازة. ولا يشترط لتوفر هذه القدرة أن يقع تسليم مادي للشيء محل هذا الحق، بل يكفي أن يكون هذا التسليم حكمياً أو يكون رمزياً. وعلى ذلك:

ـ يكفي لتوفر القدرة للخلف الخاص على السيطرة على الحق موضوع الحيازة أن يكون قد تم له **التسليم الحكمي**. وطبقاً لنص المادة ٩٥٣ مدني يكون هناك تسلم حكمي في حالتين: **الأولى**: أن يستمر فيها السلف واضعاً يده لحساب الخلف، كأن يستأجر البائع الشيء المبيع، فالبائع أصبح حائزاً عرضياً لحساب المشتري وهو المؤجر بعد أن تم البيع والتأجير. **والثانية**: أن يستمر فيها الخلف واضعاً يده لحساب نفسه، كأن يشتري المستأجر العين المؤجرة من المؤجر، فيستمر واضعاً يده عليها بصفته مالكاً بعد أن كان مستأجراً. التسليم

الحكمي يتم بتغيير صفة الحيازة، ففي هاتين الحالتين تتحول الحيازة من حيازة قانونية إلى حيازة عرضية أو العكس عن طريق تغيير السند الذي يحدد سبب الحيازة.

ـ ويكفي أن أيضاً لتوفر هذه القدرة لدى الخلف الخاص عندما يتم له **التسليم الرمزي**:

ويتم التسليم الرمزي طبقاً لنص المادة ٩٥٤ مدني عندما يتسلم الحائز وسيلة السيطرة على الشيء، كما لو تسلم المشتري سندات الشحن أو الإيداع أو الخزن، فهذا التسليم يقوم مقام تسلم البضائع ذاتها. لكن هناك خطورة في هذا التسليم الرمزي حيث أنه إذا تعارض مع التسليم المادي كان هذا الأخير هو المعتبر، فمثلاً لو أن شخصاً تسلم البضاعة ذاتها، وتسلم الآخر سند الشحن أو الإيداع، وكان كلاهما حسن النية، فإن الأفضليةتكون لمن تسلم البضاعة.

ثالثاً ـ زوال الحيازة:

تنص المادة ٩٥٦ مدني على أنه: «تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى».

ويتضح من ذلك أن الحائز تزول عنه الحيازة في حالتين:

١ ـ التخلي الاختياري عن الحيازة بعنصريها. عن طريق التصرف في الشيء وتسليمه إلى المتصرف إليه الذي يخلفه في الحيازة، فإذا كان الشيء منقولاً فيجوز أن يتخلى الحائز عن الشيء بنية تركه بقصد النزول عن ملكيته.

٢ ـ فقد السيطرة، وفي هذه الحالة يفقد الحائز الحيازة بدون اختياره عن طريق فقد السيطرة المادية، أي العنصر المادي، ولو ظل محتفظاً بالعنصر المعنوي.

ويتحقق ذلك في المنقول عندما يستحوذ الغير فعلاً على الشيء، أو عندما يخرج الشيء فعلاً من حوزة الحائز دون تدخل من جانب أحد، كما لو ضاع الشيء أو هرب الحيوان ممن يحوزه.

وبالنسبة للعقار يتحقق ذلك الفقد إذا استحوذ الغير على العقار بحيث تقوم من جانبه حيازة معارضة للحيازة الأولى. وبذلك يقع الفقد بدون اختيار الحائز ويقترن بحيازة جديدة للعقار يكسبها الغير. **في هذه الحالة يكون للحائز الأول أن يطلب استرداد حيازته للعقار خلال السنة التالية لفقد الحيازة (م ٩٥٨ مدني مصري، م ٢٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية).**

فالحائز يستطيع أن يحمي حيازته بدعاوي الحيازة ما دام يرفعها خلال السنة التالية لاغتصاب الحيازة أوالتعرض لها أو تهديدها ما لم يكن التعرض أو الغصب خفياً أو كان سببه مشوباً بغموض أو التباس إذ في هذه الحالة تبدأ مدة السنة من تاريخ كشف الحائز للتعرض أو تيقنه منه.

ولا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي (م ١/٩٥٧ مدني مصري، م ١/٢١ أصول محاكمات مدنية). ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه. وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية (م ٢/٩٥٧ مدني).

لكن سكون الحائز عن مباشرة الأعمال المادية بإرادته أو بدون إرادته لغيابه أو لمرضه مثلاً لا يفقده الحيازة طالما أنه ما زال محتفظاً بنيته في الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عيني آخر عليه، أي يكفي قيام العنصر المعنوي ووجوب العقار مادياً تحت تصرفه بحيث يكون في وسعه دائماً معاودة مباشرة الأعمال المادية للحيازة».

ويمكن أن تزول الحيازة بفقد العنصر المعنوي وحدة مع بقاء عنصرها المادية وذلك إذا فقد الحائز النية في أن يعمل لحساب نفسه، وإن بقي لديه العنصر المادي يمارسه لحساب غيره كمن يتصرف في الشيء ويستمر واضعاً يده عليه لحساب من يخلفه في الحيازة، مثال ذلك استئجار البائع للشيء المبيع بعد بيعه.

المبحث الثاني: آثار الحيازة

ـ الآثار القانونية التي تترتب على الحيازة:

خلصنا مما تقدم أن الحيازة لا تعدو أن تكون حالة واقعية يحميها القانون لذاتها أو يرتب عليها آثاراً سواء كان الحائز صاحب حق أو كانت حيازته لا تستند إلى أي حق. وعلى ذلك نستطيع أن نجمل الآثار فيما يلي:

أولاً: من حيث الحماية المقررة للحيازة: يحمي القانون حيازة العقار بدعاوى الحيازة، وهي دعوى استرداد الحيازة، (م ٩٥٨ ـ ٩٦٠ مدني، م ٢/٢٠، م ٢٢ أصول محاكمات مدنية) ودعوى منع التعرض (م ٩٦١ مدني، م ١/٢٠، م ٢١ أصول محاكمات مدنية)، ودعوى وقف الأعمال الجديدة (م ٩٦٢ مدني) والقانون اللبناني لم ينص على هذه الدعوى ولكن الفقه والقضاء يعترف بها باعتبار أن الشروع في العمل المفضي إلى التعرض هو تعرض فعلي. وهذه الدعاوى تخرج عن نطاق دراستنا.

ثانياً: من حيث دور الحيازة في إثبات الحق: أن القانون يفترض، على أساس الغالب المألوف، أن من كان حائزاً لحق هو صاحب هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس (م ٩٦٤ مدني) فالحائز في مركز المدعى عليه في النزاع على الحق فلا يكلف بإثبات وجود حقه وإنما على من ينازعه هذا الحق أن يثبت هو ما يدعيه، فإن لم يفلح في ذلك بقي الوضع على ما كان عليه، وهذه تشكل ميزة كبرى في الدعوى من حيث الإثبات. وسنكتفي بهذا القدر بصدد دور الحيازة في إثبات الحق.

ثالثاً: من حيث كسب الحق العيني: تؤدي الحيازة إلى كسب الحائز الحق

الذي يظهر على أنه صاحبه، إما بعد استمرار الحيازة مدة معينة وهذا هو التقادم المكسب، وإما فور الحيازة وهو ما يتحقق بالنسبة للمنقولات دون العقارات. فإن لم تنتج الحيازة أثرها في كسب الحق، لأي سبب كان، واسترد المالك الشيء من الحائز، فقد يترتب على الحيازة أن يكسب الحائز كل أو بعض الثمار التي أنتجها الشيء أثناء حيازته له». وهذه هي الآثار الثلاثة التي سوف تتركز عليهم دراستنا في الفقرات التالية.

المطلب الأول: التقادم المكسب

ـ التقادم المكسب والتقادم المسقط:

التقادم المكسب prescription acquisitive وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقاً عينياً آخر عليه إذا استمرت حيازته مدة معينة وتمسك بكسب هذا الحق».

أما التقادم المسقط prescription extinctive، فإنه وسيلة لانقضاء الحق إذا سكت صاحبه عن المطالبة به أو عن استعماله مدة معينة وتمسك من له مصلحة في هذا الانقضاء».

والتقادم المكسب مجاله ينحصر في الحقوق العينية التي يجوز حيازتها. أما التقادم المسقط فمجاله يتسع ليشمل جميع الحقوق المالية، سواء كانت عينية أو شخصية، ويستثنى من ذلك حق الملكية حيث أنه لا يسقط بعدم الاستعمال على النحو السابق بيانه. كما أن كل منهما يختلف من حيث وسيلة التمسك به ففي التقادم المكسب يكون للحائز الذي كسب الحق أن يتمسك بهذا الحق عن طريق الدعوى أو الدفع. أما التقادم المسقط فإنه لا يخول لصاحب المصلحة فيه سوى دفعاً يرد به الدعوى التي يكون موضوعها المطالبة بالحق.

ورغم هذه الاختلافات بين نوعي التقادم إلا أن هناك أحكاماً مشتركة تجمع بينهما. ولذلك نصت المادة ٩٧٣ مدني على أنه «تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه

والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة الأحكام الآتية».

ويقوم التقادم المكسب على اعتبارات تتصل بالصالح العام، وتهدف إلى استقرار التعامل.

ـ نطاق التقادم:

في القانون المصري: لا يجوز اكتساب الحقوق العينية المقيدة بالسجل العيني بالتقادم. وعلى ذلك فإن أحكام التقادم تسري على الأراضي غير الممسوحة والتي ما زالت خاضعة للشهر العقاري.

في القانون اللبناني: لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري (م ٢٥٥ ملكية عقارية)، أما الحقوق التي لم يجر قيدها بعد أي المتعلقة بالعقارات التي لم تتناولها أعمال التحديد والتحرير، أي الأراضي غير الممسوحة فإنه يسري عليها مرور الزمن (م ٢٥٧ ملكية عقارية).

وهنا سنعرض لشروط التقادم المكسب، ثم بعد ذلك نبين آثار هذا التقادم.

أولاً: شروط التقادم المكسب

ـ التقادم الطويل والتقادم القصير:

يرتب القانون المصري على الحيازة كسب الحق بالتقادم. هذا التقادم المكسب نوعان: تقادم طويل، يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار أو على المنقول، إذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس عشرة سنة (م ٩٦٨ مدني). وتقادم قصير يؤدي إلى كسب الحق العيني، على العقار فقط، إذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس سنوات وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح (م ٩٦٩/ ١ مدني).

يتضح مما سبق أن هناك شروط مشتركة بين كل من التقادم الطويل والتقادم القصير:

أولاً: من حيث وجوب الحيازة.

ثانياً: من حيث استمرار الحيازة لمدة معينة تختلف بحسب الأحوال وإلى جانب ذلك ينفرد التقادم القصير بشروط خاصة، وجود السبب الصحيح، وحسن نية الحائز.

ولنعرض أولاً للشروط المشتركة، ثم نبين بعد ذلك الشروط الخاصة بالتقادم القصير.

١ ـ الشروط المشتركة لنوعي التقادم:

وتتمثل هذه الشروط المشتركة في شرطين: الأول الحيازة، والثاني في استمرار هذه الحيازة لمدة معينة تختلف بحسب نوع التقادم.

الشرط الأول: الحيازة:

ـ الحيازة المتطلبة هي الحيازة القانونية:

يشترط في التقادم المكسب أياً كان نوعه أن توجد حيازة قانونية على النحو السابق بيانه. فلا تصلح الحيازة العرضية مهما طالت مدتها لكسب الحق.

ويجب أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب على النحو السابق بيانه. فالحيازة المعيبة غير صالحة لأن تنتج أثارها القانونية، وبالتالي لا تصلح أساساً لكسب الحق بالتقادم طالما كان العيب قائماً، ولكن تصبح صالحة لإنتاجها آثارها في كسب الحق بالتقادم من الوقت الذي تبرأ فيه الحيازة من العيوب.

الشرط الثاني: المدة:

ـ اختلاف المدة بحسب نوع التقادم:

لا يكفي لكسب الحق بالتقادم توفر الحيازة القانونية الخالية من العيوب وإنما يلزم أن تستمر هذه الحيازة دون انقطاع مدة معينة حددها القانون. وهذه المدة ضرورية حتى لا يفتح الباب للأشخاص لاقتناص الحقوق من أصحابها لمجرد غفوة أو غفلة من جانب صاحب الحق وبالتالي تسود شريعة الغاب. فالتقادم المكسب وإن كان القانون قد أقره لتحقيق أغراض وجدها جديرة

بالاعتبار إلا أنه في نفس الوقت تطلب إلى جانب الحيازة القانونية الخالية من العيوب استمرار هذه الحيازة لمدة من الزمن تختلف بحسب نوع التقادم وذلك حتى يسمح للمالك الوقت الكافي للاعتراض على حيازة الغير واسترداد الشيء منه. فإذا اكتملت المدة ولم يحرك المالك ساكناً فإن الحائز يكون أولى بالتفضيل من مالك مهمل قعد عن المطالبة بحقه هذه المدة من الزمن».

وتختلف هذه المدة بحسب نوع التقادم:

- **فالتقادم الطويل** يؤدي إلى كسب الحق، على العقار أو المنقول، إذا استمرت الحيازة مدة خمس عشرة سنة. وقد فرضها القانون بالنسبة إلى الحائز سيء النية[1].

- **أما التقادم القصير**، فيؤدي إلى كسب الحق على العقار دون المنقول إذا استمرت الحيازة مدة خمس سنوات، ويشترط علاوة على ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح. وهذان الشرطان الخاصان بالتقادم القصير هما اللذان يبرران تقصير المدة إلى هذا الحد.

والتقادم الطويل يعتبر هو الأصل العام في التقادم بينما التقادم القصير يعتبر استثناءً على هذا الأصل.

في القانون اللبناني: هناك استثناء آخر وهو خاص بحق التصرف الذي يرد على العقارات الأميرية، حيث تنص المادة ٢٦٠ ملكية عقارية على أنه «يكسب حق قيد التصرف بالأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بدون سند شرط أن يكون واضع اليد قائماً بزراعة الأرض» وعلى ذلك فمن يحوز أرضاً أميرية غير خاضعة لإدارة أملاك الدولة يكون له أن يكسب عليها حق التصرف إذا استمرت حيازته عشر سنوات كان يقوم خلالها بزراعة الأرض بسند أو بدون سند.

وقد يتبادر إلى الذهن أن هناك نوعاً آخر من التقادم المكسب بمضي ثلاث

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٤٩٨.

وثلاثين سنة وخاص بحقوق الإرث، حيث تنص المادة ١/٩٧٠ مدني على أنه «في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقاً على هذا النص (نص المادة ١٤٢١ وهو المقابل لنص المادة ١/٩٧٠) ما يأتي «أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة، والتقادم هنا مسقط لا مكسب. لذلك يجب حذف «حقوق الإرث» من المادة. . وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط».

وكما هو واضح فإن تقادم حقوق الإرث المذكورة في النص هو تقادم مسقط لا مكسب، فالوارث الذي يسكت عن المطالبة بحقه في الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة يسقط حقه في الإرث، ويؤول إلى باقي الورثة.

وعلى ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع أن يتملك الوارث أحد أعيان التركة بالتقادم المكسب إذا ظلت حيازته لها مدة خمس عشرة سنة شأنه في ذلك شأن أي شخص آخر أجنبي عن التركة «فليس هناك في هذا الخصوص فارق بين الأعيان الموروثة وأية أعيان أخرى، ولا بين الوارث وشخص أجنبي عن التركة».

ـ حساب المدة:

والقاعدة في هذا الصدد أن المدة تحسب بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول. وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم منها. (م ٣٨٠ مدني وقد أحالت إليها المادة ٩٧٣ مدني)[1]. وتحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي.

ـ وقف التقادم:

يقصد بوقف التقادم أن يتعطل سريان التقادم لسبب معين، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا السبب. أي أن الفترة التي يقف التقادم أثنائها لا تحتسب في مدة التقادم. ويستوي أن يكون التقادم قد بدأ قبل تحقق سبب الوقف أو لم يكن قد بدأ عند تحقق هذا السبب.

---

(١) انظر مادة ٢/٣٤٨ موجبات وعقود حيث تنص على نفس الأحكام.

وقد أحال المشرع بصدد التقادم المكسب إلى أحكام التقادم المسقط فيما يتعلق بالوقف بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب (م ٩٧٣ مدني) وعلى ذلك تطبق أحكام المادة ٣٨٢ مدني على التقادم المكسب فيما عدا ما خرج عليه المشرع في المادة ٩٧٤ مدني. ومن مجمل هذه الأحكام تستطيع أن نعرض أحكام الوقف فيما يلي:

١ ـ يقف التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على من يسري التقادم ضده أي يرفع على الحائز الدعوى التي تحمي حقه؛ أياً كان هذا المانع وذلك تطبيقاً لحكم المادة ٣٨٢/ ٢ بمقتضى الإحالة الواردة في المادة ٩٧٣ مدني.

وقد يكون المانع مادياً، كالحروب والزلازل والفيضانات وما إلى ذلك. المهم في النتيجة أن من يسري التقادم ضده لا يستطيع أن يرفع الدعوى التي تحمي حقه على الحائز. ولا يشترط أن يرقى هذا المانع إلى مرتبة القوة القاهرة.

وقد يكون المانع قانونياً أو أدبياً كعلاقة الابن بأبيه، والزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية، وعلاقة السيد بخادمه، وعلاقة العامل برب العمل، وعلاقة الأصيل بنائبه[1] والمانع الأدبي لا يحول بصفة مطلقة من اكتساب الحق بالتقادم، ولكن المهم ألا تكون الحيازة مشوبة بعيب اللبس أو تكون الحيازة عرضية لا قانونية.

٢ ـ يقف التقادم في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية بشرط ألا يوجد من يمثل أياً منهم قانوناً (وذلك تطبيقاً للمادة ٣٨٢/ ٢ مدني). ويقف التقادم المكسب لهذه الأسباب أياً كانت مدته طبقاً لنص المادة ٩٧٤ مدني وعلى خلاف الحكم الوارد في المادة ٣٨٢/ ٢ مدني والتي تقصر الوقف لهذه الأسباب على التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات.

---

(١) انظر المواد ٣٥٤ ـ ٣٥٦ من قانون الموجبات والعقود.

ـ وأسباب وقف التقادم لا يترتب عليها أثرها، وهو الوقف، إلا لمصلحة من قامت لديه دون غيره، مثال ذلك من حاز عقاراً مملوكاً لعدة شركاء، وقام **المانع لدى بعضهم دون البعض الآخر. فإن وقف التقادم يكون بالنسبة لمن قام المانع لديه دون الآخرين»**.

ـ انقطاع التقادم:

يقصد به إلغاء أو محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لسبب معين، على أن تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع.

وقد أحال المشرع بخصوص أحكام انقطاع التقادم المكسب إلى الأحكام الواردة في خصوص التقادم المسقط (م ٣٨٣ مدني، م ٣٥٧ ـ ٣٥٨ موجبات وعقود) بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب (م ٩٧٣ مدني) وأورد المشرع أحكام خاصة بالتقادم المكسب في المادة ٩٧٥ مدني والتي تنص على أنه «١ ـ ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير» «٢ ـ غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد». (انظر م ٢٦٤ ملكية عقارية، م ٢٤ أصول محاكمات مدنية) ولذلك سنعرض للانقطاع الطبيعي وهو الذي يتعلق بزوال الحيازة، والانقطاع المدني والذي أحالت إليه المادة ٩٧٣.

ـ الانقطاع الطبيعي:

وهذا الانقطاع يرجع إلى زوال الحيازة من الحائز خلال مدة التقادم.. وقد سبق أن تعرضنا لزوال الحيازة من قبل فنحيل إليه.

ويشترط لكسب الحق بالتقادم أن تستمر الحيازة طوال المدة المطلوبة للتقادم دون انقطاع فقد كان من مقتضى ذلك أن يقوم الحائز الذي يتمسك بالتقادم لكسب الحق أن يثبت هذا الشرط، وهذا عبء ثقيل قد لا ينهض به لذلك وضع المشرع لصالحه قرينة على استمرار الحيازة فتنص المادة ٩٧١ مدني

على أنه «إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين، ما لم يقم الدليل على العكس» (م ٢٥٩ ملكية عقارية).

ويترتب على انقطاع التقادم بزوال الحيازة إلغاء أو محو ما تم سريانه من مدة التقادم على أن تبدأ مدة تقادم جديدة من الوقت الذي يعود فيه الشيء ثانية إلى حيازة الحائز. ويتوقف نوع التقادم الجديد على الشروط التي تتوفر للحائز، فإذا استرد العقار بناءً على سبب صحيح وكان حسن النية كان التقادم قصيراً مدته خمس سنوات، وإلا كان التقادم طويلاً مدته خمس عشرة سنة.

- الانقطاع المدني:

وهو الذي يتحقق لسبب غير زوال الحيازة، وقد أحال المشرع بخصوص إلى قواعد التقادم المسقط (م ٣٨٣ مدني، ٣٥٧، ٣٥٨ موجبات وعقود) وتتلخص هذه الأسباب فيما يلي:

١ - **انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية**: أي مطالبة المالك الحائز بحقه: ويتم الانقطاع بالمطالبة القضائية أياً كان شكلها وأياً كان وقتها. وينقطع التقادم من وقت المطالبة ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

٢ - **انقطاع التقادم بالتنبيه**: إذا كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي ويريد التنفيذ بموجب هذا السند، فإنه يلزم إعلان السند التنفيذي للمدين قبل التنفيذ وهذا الإعلان يشمل التنبيه. وهذا التنبيه يقطع التقادم بشرط أن يكون كل من السند التنفيذي والتنبيه صحيحاً.

٣ - **انقطاع التقادم بإقرار الحائز بالحق**: ينقطع التقادم إذا أقر الحائز بالحق الذي يحوزه لصاحب هذا الحق، حيث أن هذا الإقرار لا ينطوي على الإقرار بالواقع فحسب وإنما أيضاً على تصرف قانوني وهو النزول عما إنقضى من مدة التقادم. وهذا الإقرار قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً.

- ويترتب على انقطاع التقادم لهذه الأسباب محو وإلغاء المدة السابقة للانقطاع على أن يبدأ تقادم جديد من يوم صدور الحكم لصالح المالك أو من

يوم صدور الحكم بعدم الاختصاص إن كان سبب الانقطاع هو المطالبة القضائية، ومن يوم التنبيه أو الحجز أو الإقرار إذا انقطع بسبب من هذه الأسباب. وتكون مدة التقادم الجديد هي مدة التقادم الأول (م ٣٨٥/ ١ مدني).

ـ انتقال الحيازات وضم الحيازات:

سبق أن رأينا أن حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها، أما بالنسبة للخلف الخاص فحيازته مستقلة عن حيازة السلف.

وتنص المادة ٩٥٥ مدني على أنه «١ ـ تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته» «٢ ـ ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر».

ـ انتقال الحيازة إلى الخلف العام:

القاعدة أن حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام، كالوارث أو الموصى له بحصة معينة من التركة، بصفاتها. فحيازة الخلف العام استمرار لحيازة سلفه. وعلى ذلك يستمر الخلف في هذه الحيازة حتى تتم المدة التي بدأها السلف.

وكان مقتضى هذه القاعدة أنه إذا كان السلف قد حاز عقاراً بناءً على سبب صحيح ولكنه كان سيء النية بحيث لا تصلح حيازته للتملك بالتقادم الخمسي، فإن الخلف الخاص ولو كان حسن النية لا يتملك إلا بمقتضى التقادم الطويل. ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة وقرر «أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته» (م ٩٥٥/ ١ مدني) وعلى ذلك يستطيع الخلف أن يستند إلى حسن نيته هو بعد إثباته مع السبب الصحيح الصادر لسلفه ليتمسك بالتقادم الخمسي ويلزم أن تستمر حيازة الخلف خمس سنوات كاملة وذلك لأن حيازة سلفه لم تكن صالحة للتقادم الخمسي إذ الفرض أنه سيء النية.

ـ ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص:

تنص المادة ٩٥٥/ ٢ مدني على أنه «يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى

حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر».

وتنص المادة ٢٥٨/١ ملكية عقارية لبناني على أنه «. . . ويمكن لمن يدعي بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذي اتصل منه العقار إليه».

والخلف الخاص هنا له معنى يختلف عن معناه الفني، والخلف الخاص، فيما يتعلق بالحيازة، هو كل حائز قامت بينه وبين سلفه علاقة قانونية أدت إلى انتقال الحيازة، سواء كان هذا الانتقال بناءً على التزام السلف بتسليم الشيء، أو كان بناءً على التزام بالرد ناشىء عن فسخ سنده أو إبطاله أو الرجوع فيه. حيث أن العبرة هي بوجود صلة بين الحيازة الحالية والحيازة السابقة بحيث تجعل الأولى نتيجة طبيعية للثانية، كعلاقة المشتري بالبائع، والموهوب له بالواهب، والموصى له بالموصي، وعلاقة الراسي عليه بالمحجوز عليه، وعلاقة البائع بالمشتري عندما يبطل البيع أو يفسخ ويرد المبيع. وقد سبق أن تكلمنا عن كيفية انتقال الحيازة».

الخلف الخاص يستمد حقه من سنده الذي صدر إليه من سلفه بينما الخلف العام يستمد حقه من سند سلفه. ولذلك كان هناك اختلاف في مركز كل منهما فحيازة الخلف العام تعتبر استمراراً لحيازة سلفه، والأمر يتعلق بالاستمرار لا بالضم وما يترتب على ذلك من نتائج على النحو السابق بيانه. أما حيازة الخلف الخاص فهي حيازة مستقلة عن حيازة السلف، قد تماثلها في صفاتها، وقد تختلف عنها، ولذلك يكون هناك حيازتان مستقلتان يجوز ضمهما بالمعنى الصحيح. ولذلك فإن الخلف الخاص لا يتقيد بحيازة سلفه، فهو يضمها إلى حيازته إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإن لم تكن له مصلحة فيطرحها ويكتفي بحيازته هو. ولكن يشترط لإمكان الضم أن تكون حيازة السلف حيازة قانونية صالحة للتقادم المكسب الذي يتمسك به الخلف» ولبيان ذلك يجب أن نميز بين فرضين:

الفرض الأول: أن تكون حيازة السلف وحيازة الخلف متماثلتين: فإذا كانت حيازة السلف مقترنة بحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح مدة ثلاث

سنوات ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية فيكون لهذا المشتري أن يضم إلى حيازته حيازة البائع فيكون له أن يتمسك بالتقادم الخمسي إذا استمرت حيازته هو سنتين. وإذا كانت كل من الحيازتين غير مستوفية لشروط التقادم القصير، جاز الضم أيضاً للتمسك بالتقادم الطويل.

الفرض الثاني: أن تكون حيازة السلف وحيازة الخلف غير متماثلتين، فإذا كانت إحدى الحيازتين فحسب هي التي يتوافر فيها شروط التقادم الخمسي، فإن القاعدة ذات اتجاه واحد، بمعنى أن مدة الحيازة الصالحة للتقادم القصير يجوز أن تضم لكي تكمل مدة الحيازة الصالحة للتقادم الطويل فقط، حيث أن هذا الأخير لا يتطلب سوى شرطي الحيازة والمدة، أما العكس فهو غير صحيح حيث أن الحيازة في التقادم القصير يجب أن تقترن منذ البداية بحسن النية، علاوة على السبب الصحيح، والفرض في التقادم الطويل أن الحائز سيء النية ولذلك يجب على الخلف الخاص الذي توفر لديه شروط التقادم القصير أن تستمر حيازته هو خمس سنوات ما لم يكن التمسك بالتقادم الطويل بعد ضم حيازة سلفه له أفضل بأن يكون استمرت حيازة سلفه اثنتا عشرة سنة فيكون له أن يستمر في الحيازة ثلاث سنوات فقط ويكتسب الحق بالتقادم الطويل.

ويجب بطبيعة الحال أن تكون حيازة السلف قانونية وخالية من العيوب. فإذا شابها عيب من عيوب الحيازة فلا تصلح للضم. وكذلك إذا كانت حيازة عرضية، كما لو اشترى الحائز الشيء الذي يحوزه من مستأجر. كما يلزم أن يكون الحق الذي حازه السلف من نفس طبيعة الحق الذي يحوزه الخلف أو على الأقل يتضمنه، فالخلف الذي يحوز حق الانتفاع له أن يضم حيازة سلفه الذي كان يحوز الانتفاع أو حق الملكية. أما الخلف الخاص الذي يحوز حق الملكية فليس له أن يضم حيازة السلف الذي كان يحوز الانتفاع فقط».

٢ ـ الشروط الخاصة بالتقادم القصير:

يجب أن يتوافر في التقادم الخمسي والذي يتقصر على العقارات، الشروط العامة في التقادم، وهي الحيازة القانونية الخالية من العيوب بالإضافة

إلى استمرار هذه الحيازة مدة خمس سنوات.

إلى جانب هذه الشروط العامة يجب أن يتوافر في التقادم الخمسي شرطان آخران وهما أن تكون الحيازة مستندة إلى سبب صحيح، وأن يكون الحائز حسن النية، وقد نصت على ذلك المادة ٩٦٩/ ١ مدني بقولها أنه: «إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات».

وقد سبق وأن عرضنا للشروط العامة، ولذلك سنقتصر هنا على دراسة الشروط الخاصة.

الشرط الأول: السبب الصحيح:

وقد عرف المشرع السبب الصحيح في المادة ٩٦٩/ ٣ مدني بأنه «سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون».

مما تجدر الإشارة إليه منذ البداية أن المقصود بالسند في هذا الصدد هو التصرف negatum الصادر إلى الحائز والذي تستند إليه الحيازة، كالبيع الذي بموجبه اشترى الحائز العقار محل الحيازة، وليس المقصود بالسند هنا الكتابة instrumentum المثبتة للتصرف القانوني الصادر إلى الحائز».

كما أن وجود سبب صحيح تستند إليه الحيازة في التقادم الخمسي يفترض أن الحق محل الحيازة كان لينتقل إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف. أما حيازة الخلف العام فإنها تعتبر استمرار لحيازة سلفه. وبالتالي لا يكون له سنداً خاصاً به في التقادم الخمسي، وإنما ينظر في هذا الشأن إلى السند الذي يستمد منه المورث أو الموصي حقوقه في خصوص الحيازة».

والسبب الصحيح بهذا المعنى لا يتأثر في وجوده بالعيوب التي تلحق سند السلف، وهو الحائز السابق، فلا أهمية في هذا الخصوص لكون السلف حائزاً بدون سند، أو لكونه حائزاً عرضياً، أو لكون سنده باطلاً. إذ أن الحائز الحالي لا يكسب الملكية بناءً على سند سلفه، وإنما يكتسبها بناءً على حيازة مستندة

إلى سنده هو، أي السبب الصحيح الذي كان يكسبه الحق لو أن سلفه كان مالكاً. وعلم الحائز بهذه العيوب يجعله سيء النية، ولكنه لا يحول دون توفر السبب الصحيح لديه».

ولما كان الهدف من التقادم الخمسي هو تغطية العيب الناجم من عدم ملكية السلف فقط دون بقية العيوب الأخرى التي تلحق التصرف الصادر من السلف لذلك يجب أن يوجد حقيقة سبب صحيح، أي يكون هناك سند من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني لو أن السلف كان مالكاً أو صاحب الحق، أما شرط حسن النية الذي يجب توفره إلى جانب السبب الصحيح بهذا المعنى فإنه يقوم على اعتقاد الحائز بأنه قد تلقى العقار بموجب سبب صحيح من كل الوجوه وهذا الاعتقاد وحده بوجود السبب الصحيح لا يغني عن الوجود الحقيقي لهذا السبب».

أولاً: تعريف السبب الصحيح: يمكن على ضوء ما تقدم من ملاحظات أولية أن نعرف السبب الصحيح بأنه «كل تصرف قانوني يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً ويكون من شأنه نقل الملك أو الحق العيني لو أنه صدر من مالك أو صاحب الحق».

ثانياً: شروط السبب الصحيح: يتضح من التعريف السابق أنه يجب أن يتوافر في السبب الصحيح عدة شروط:

١ ـ يجب أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً، كالبيع والهبة والوصية بمال معين. والأحكام الناقلة للحق، كحكم رسو المزاد الذي يؤدي إليه نزع ملكية المدين بناءً على طلب دائنيه.

وعلى ذلك لا يعتبر الميراث سبباً صحيحاً حيث أن الوارث خلف عام لمورثه وبالتالي لا يكون له فيما يتعلق بالتقادم الخمسي سند خاص به، بل ينظر في هذا الشأن إلى سند المورث كما سبق أن بينا. وكذلك لا تعتبر الوصية بحصة من التركة (١/ ٤، ١/ ٥ التركة) سبباً صحيحاً لأن الموصى له خلف عام للموصي.

٢ ـ أن يكون التصرف صادر من غير مالك أو صاحب للحق العيني محل الحيازة، فالتقام الخمسي يقتصر غرضه على تغطيه العيب الناجم عن عدم ملكية المتصرف، فهو لا يؤدي إلى زوال العيوب الأخرى التي تلحق التصرف.

وعلى ذلك إذا صدر التصرف من مالك، فإنه لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للحائز أن يتملك بالتقادم الخمسي، فإذا قام سبب يؤدي إلى إبطال هذا التصرف أو فسخه فإنه لا يستطيع من صدر له التصرف أن يتمسك بالتقادم الخمسي لكي يحول دون هذا الإبطال أو الفسخ ويجوز للمتصرف أن يرجع عليه ما دامت دعوى الإبطال أو الفسخ لم تسقط بالتقادم».

ويستوي لاعتبار المتصرف غير مالك ألا يكون له أي حق أصلاً على العقار، أو يكون له حق ولكنه زال بأثر رجعي، كما لو أبطل سنده أو فسخ، إذ في هذه الحالة يكون للمتصرف إليه إذا كان حسن النية ومضت خمس سنوات على حيازته للعقار المتصرف فيه أن يتوقى أثر زوال سند المتصرف زوالاً رجعياً بالتمسك بالتقادم الخمسي، استناداً إلى أنه بهذا الزوال يعتبر هذا التصرف سبباً صحيحاً فيكتسب بهذا التقادم ملكية العقار المتصرف فيه دون أن يتأثر بالزوال الرجعي لسند المالك المتصرف. وقد لا يكون في حاجة إلى ذلك إذا كان قد سجل تصرفه بحسن نية قبل التأشير بدعوى الإبطال أو الفسخ المرفوعة على المتصرف».

وقد سبق أن رأينا[1] أن تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز من العقار الشائع يعتبر سبباً صحيحاً باعتباره صادراً من شخص لم يكن صاحباً للحق الذي يراد كسب بالتقادم، فالحق المراد كسبه بالتقادم في هذه الحالة هو حق الملكية المفرزة والفرض أن الشريك المتصرف ليس صاحب هذا الحق، فهو ليس إلا مالكاً مشتاعاً.

٣ ـ يجب أن يكون التصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق العيني وعلى ذلك يجب أن نعرض لنقطتين:

(١) انظر ما سلف ص ١٦٠ هامش ٤.

(أ) يجب أن يكون من التصرفات الناقلة، كالبيع والمقايضة والهبة والوفاء بمقابل. وبالتالي التصرفات الكاشفة لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً كالقسمة والصلح. وكذلك الأحكام القضائية المقررة لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً، كالحكم الصادر في دعوى الاستحقاق. أو الحكم الصادر برسو المزاد عندما يباع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته عيناً إذا رسا المزاد على أحد الشركاء، إذ يكون رسو المزاد قسمة وينطبق عليه الأثر الكاشف.

(ب) يجب أن يكون من شأن هذا التصرف أن ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق، لذلك يجب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً (م ٢/٩٦٩ مدني). وسوف يترتب على ذلك أن يندر كسب الحق بالتقادم الخمسي لأن مكاتب الشهر العقاري لا تقوم بتسجيل التصرف إلا إذا قدمت إليها مستندات ملكية المتصرف.

كما يجب أن يكون التصرف موجود قانوناً، وبالتالي لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً، والتصرف الصوري، والتصرف الظني، والتصرف المعلق على شرط واقف.

في القانون اللبناني: تنص المادة ٣٧ من القرار رقم ١٨٦ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن تحديد وتحرير العقارات على أنه «يفهم بالمستند المحق في هذا القرار الفعل أو الحادث المثبت لإحراز العقار بإحدى الوسائل التالية: كإشغال الأرض الموات، أو كانتقال الملك بالوراثة بغير وصية أو بوصية، أو كالهبة بين الأحياء بغير عوض أو بعوض، أو كالبيع أو الفراغ».

يتضح من ذلك أن فكرة السبب الصحيح في القانون اللبناني أوسع نطاقاً منها في القانون المصري والقانون الفرنسي. فهي لا تقتصر، كما في القانونين السابقين، على كون السبب الصحيح تصرفاً ناقلاً صادراً من غير مالك إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف، وإنما تشمل إلى جانب ذلك أسباب أخرى، كأشغال الأرض الموات، والميراث والوصية بحصة شائعة في التركة.

ويترتب على اعتبار الميراث سبباً صحيحاً أن الوارث يكون له في هذا

القانون أن يختار بين الميراث باعتباره سبباً صحيحاً، وبين الخلافة العامة. وكذلك الأمر بالنسبة للموصي له بحصة في التركة.

ولم يشترط في القانون اللبناني أن يكون السبب الصحيح مسجلاً ومع ذلك يذهب الفقه والقضاء إلى وجوب تسجيل العقد لكي يصلح سند صحيحاً.

الشرط الثاني: حسن النية:

تنص المادة ٩٦٥ مدني على أنه «١ ـ يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم» «٢ ـ فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله» «٣ ـ وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس».

كما تنص المادة ٩٦٦ مدني على أنه «١ ـ لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير» «٢ ـ ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره».

وعلى ضوء هذه النصوص يجب أن نحدد المقصود بحسن النية، والوقت الذي يلزم فيه توافر حسن النية، وأخيراً إثبات حسن النية.

أولاً: المقصود بحسن النية:

«يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم» (م ٩٦٥/ ١ مدني) «ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره» (م ٩٦٦/ ٢ مدني).

وعلى ذلك فإن المشرع يأخذ فيما يتعلق بحسن نية الحائز بمعيار شخصي، ولكنه يقرن هذا المعيار بمعيار موضوعي».

فيعتبر الحائز في التقادم الخمسي حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير، أي يعتقد أن من تصرف إليه في العقار هو المالك الحقيقي. فحسن النية يقوم أساساً على اعتقاد الحائز نفسه وهذا معيار شخصي. ويجب أن يكون

هذا الاعتقاد تاماً لا يشوبه الشك. وعلى ذلك ينتقي حسن النية إذا كان الحائز يعلم بأن ملكية العقار محل نزاع أمام القضاء بين من يتصرف إليه وشخص آخر، أو أنه يعلم بما يشوب سند المتصرف من عيب يؤدي إلى انتفاء وجوده أو يمكن أن يؤدي إلى زواله، كان يعلم أن سند المتصرف باطل أو قابل للإبطال أو الفسخ أو الرجوع».

وقد أكمل المشرع هذا المعيار الشخصي، بمعيار موضوعي فاشترط ألا يكون جهل الحائز ناشئاً عن خطأ جسيم. والخطأ الجسيم هو ما لا يقع فيه الشخص المهمل أو قليل العناية، مثال ذلك أن يقدم المشتري على البيع دون أن يتحقق من مستندات ملكية البائع».

- وقد خص المشرع حالة اغتصاب الحيازة بالإكراه من غيره بحكم خاص وجعل الحائز سيء النية في هذه الحالة حتى ولو كان حسن النية طبقاً للمعيارين السابقين. مثال ذلك أن يكون الحائز قد اشترى العقار من شخص معتقداً أنه المالك، ولم يكن اعتقاده هذا مبنياً على خطأ جسيم، وكان العقار في حيازة شخص ثالث رفض تسليم العقار فاغتصب المشتري هذه الحيازة بالإكراه فيعتبر سيء النية وبالتالي لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم الخمسي في مواجهة المالك الحقيقي.

في القانون اللبناني: لا يوجد نص مقابل للنص الوارد في القانون المصري ولذلك فإنه يطبق في هذه الحالة القواعد العامة، وإذا ثبت أن الحائز كان يعتقد أنه أصبح مالكاً للعقار، فإنه يعتبر حسن النية ويجوز له أن يتمسك بالتقادم الخمسي.

ومسألة تقدير حسن النية من عدمها مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغاً. والعبرة في تقدير حسن النية أو سوء النية هي بنية الحائز نفسه إلا إذا كان عديم الإرادة فتكون العبرة بنية من يمثله. وإذا كان الحائز شخصياً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله (م ٩٦٥/ ٢ مدني).

ثانياً: بالنسبة للوقت الذي يلزم فيه حسن النية:

لا يشترط حسن النية إلا وقت تلقي الحق (م ٩٦٩/ ٢ مدني). والمقصود بوقت تلقي الحق هو الوقت الذي يحدده القانون لانتقال الحق العقاري، أي وقت تسجيل السبب الصحيح. وإذا كان السبب الصحيح وصية فيجب أن تسجل أيضاً لكي ينتقل الحق إلى الموصى له. لكن هذا الانتقال لا يتم إلا وقت وفاة الموصي. فإذا كانت الوصية قد سجلت قبل الوفاة فإن الوقت الذي يجب فيه توافر حسن النية يكون هو وقت وفاة الموصي، لأنه هو وقت انتقال الحق. وإذا كان تسجيل الوصية تراخى إلى ما بعد الوفاة فيجب توافر حسن النية وقت التسجيل، ولا عبرة في هذا الشأن بوقت قبول الوصية، لأن هذا القبول يعتبر شرطاً للزوم الوصية، لكي يمتنع ردها، لا لانتقال الحق، والفرض في كل هذا أن الموصى له يعلم وقت انتقال الحق بالوصية فإذا لم يكن يعلم بها إلا في وقت لاحق فلا يتصور بداهة أن نتطلب حسن النية لدى الموصى له في خصوص أمر يتعلق بتصرف لم يكن يعلم عنه شيئاً.

في القانون اللبناني: إذا كان السبب الصحيح عقداً، كان وقت تلقي الحق هو وقت تسجيل هذا العقد، أي قيده في السجل العقاري، ولذلك يجب أن يكون الحائز حسن النية في هذا الوقت. وإذا كان السبب الصحيح إرثاً كان وقت تلقي الحق هو وقت وفاة المورث وهو الوقت المعتبر لتوفر حسن النية، وإذا كان السبب الصحيح وصية فيسري عليها ما سبق أن قلناه، وإذا كان السبب الصحيح حكماً فإن الوقت الذي يلزم توافر فيه حسن النية هو وقت صدور الحكم. (م ٢٠٤ ملكية عقارية) وإذا كان السبب الصحيح إشغال أرض موات، كان وقت تلقى الحق هو وقت تسجيل حق التصرف بها، وهو الوقت المعتبر في توفر حسن النية».

وتوافر حسن النية في هذا الوقت يكفي ولا أثر لسوء النية الطارىء بعد ذلك.

ثالثاً: فيما يتعلق بإثبات حسن النية:

حسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس (م ٩٦٥/ ٣ مدني) فالأصل أن يعتبر الحائز حسن النية، وإذا ادعى المالك الذي يتمسك في مواجهته الحائز بالتقادم الخمسي خلاف هذا الأصل فعليه أن يثبت ذلك.

وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م ٩٦٧ مدني) وعلى ذلك إذا كانت الحيازة قائمة قبل بدء سريان التقادم الخمسي وثبت أنها بسوء نية، فإن الحائز حين يتمسك بهذا التقادم لا يفترض حسن النية لديه في هذه الحالة، بل يتعين عليه أن يقيم الدليل على أنه قد طرأ ما جعله حسن النية، بأن يثبت أنه في أثناء الحيازة اشترى العقار من شخص اعتقد أنه المالك الحقيقي.

الشروط الخاصة بالتقادم المتعلق بحق التصرف في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢٦٠ ملكية عقارية على أنه «يكتسب حق قيد التصرف بالأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بدون سند، شرط أن يكون واضع اليد قائماً بزراعة الأرض».

ولذلك يجب أن يقوم الحائز بزراعة الأرض خلال مدة التقادم. وقد كان الهدف من ذلك هو تشجيع استصلاح الأراضي الأميرية واستثمارها.

ثانياً: آثار التقادم المكسب

لا يرتب التقادم، سواء كان طويلاً أو قصيراً، آثاره بمجرد اكتمال مدته وإنما يجب أن يتمسك به الحائز أو من له مصلحة. كما أنه إذا كان أحكام التقادم تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافها إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه من جانب الحائز. ولكن إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك به الحائز ترتبت عليه آثاره، على ضوء ذلك فإنه يجب أن نعرض أولاً لوجوب التمسك بالتقادم، وثانياً، للنزول عنه، وأخيراً للآثار التي تترتب عليه.

١ ـ وجوب التمسك بالتقادم:

تحيل المادة ٩٧٣ مدني في هذا الخصوص على التقادم المسقط، بحيث تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء بالقدر الذي لا تتعارض هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب. وتنص المادة ٣٨٧ مدني على أنه «١ ـ لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين» «٢ ـ ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية» (انظر مادة ٣٤٥ موجبات وعقود).

الحكمة من ذلك: إذا كان القانون قد أقر التقادم المكسب لاعتبارات معينة إلا أن هذا لا يخفي حقيقة هامة هو أن الحائز يكتسب ملكية شيء أو حق عليه رغماً عن إرادة صاحب هذا الشيء. ولذلك استلزم القانون التمسك بالتقادم من جانب الحائز لأن الأمر يتطلب الاحتكام إلى ضميره، ولذلك فقد يأبى عليه ضميره أن يتمسك بهذه الوسيلة ولذلك ترك المشرع بعدما أحاط أحكام التقادم بالقيود والشروط اللازمة الخيار للحائز من أن يتمسك بالتقادم أو ينزل عنه».

ويترتب على ذلك أنه لو اكتملت مدة التقادم ورد الحائز الشيء إلى مالكه قبل أن يتمسك بالتقادم كان هذا الرد وفاءً بالتزام مدني فلا يسترد الشيء بدعوى أنه كسبه بالتقادم حتى ولو كان الرد عن غلط بأن اعتقد الحائز وقت الرد أن مدة التقادم لم تكتمل».

ـ كيفية ونطاق التمسك بالتقادم من حيث الأشخاص:

وسنرى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، كما أنه يجوز للحائز التمسك بالتقادم وكذلك كل ذي مصلحة.

١ ـ لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، ولذلك يجب التمسك به من جانب الحائز أو من له مصلحة في ذلك. فإذا تم التمسك بالتقادم فعلى المحكمة أن تحكم به إذا توافرت شروطه.

ويتم التمسك بالتقادم أمام القضاء، وهذا التمسك لم يتطلب فيه القانون شكلاً خاصاً فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، وفي هذاالفرض الأخير يجب أن يستخلص هذا التمسك بوضوح من الطلبات بحيث لا يوجد شك في حصوله. ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف.

٢ ـ من حيث الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالتقادم، فالأصل أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم، وبالتالي يجوز لخلفه العام والخاص أن يتمسك به أيضاً، كما أنه يجوز لدائن الحائز ولكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم. وبطبيعة الحال يكون تمسك الدائن بالدعوى غير المباشرة، وذلك على خلاف الأصل العام، حيث أن التمسك بالتقادم رخصة، وكما أنه أمر يتعلق بشخص الحائز، ولولا النص لما جاز للدائن أن يتمسك بالتقادم. كما أن من بين الأشخاص الذين لهم مصلحة في التمسك بالتقادم من تصرف للحائز في الحق الذي يحوزه وذلك حتى يتفادى رجوع الحائز عليه بضمان الاستحقاق».

والتمسك بأحد نوعي التقادم لا يعتبر متضمناً التمسك بالنوع الآخر حيث أن لكل منهما شروطه المختلفة. وعلى ذلك إذا ما تم التمسك بنوع من التقادم فإنه هذا لا يغني عن التمسك بنوع آخر. فإذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل وتبين للمحكمة أن مدته لم تكتمل فإنه ليس لها أن تبحث فيما إذا كانت شروط التقادم القصير (الخمسي) متوفرة ما دام لم يحصل التمسك به، وكذلك الحال في الصورة العكسية.

٢ ـ جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه:

وهذا طبقاً لنص المادة ٣٨٨ مدني والتي أحالت إليها المادة ٩٧٣ مدني حيث تنص على أنه «١ ـ لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون» «٢ ـ وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق

الدائنين إذا صدر إضراراً لهم».

وبذلك ترك المشرع للحائز دائماً الباب مفتوحاً في كل مرة يأبى عليه ضميره أن يكسب الحق عن هذا الطريق. فله كما سبق أن رأينا ألا يتمسك به أصلاً، بل وله بعد أن تكتمل مدة التقادم أن ينزل عنه. وكذلك يجوز النزول أثناء سريان مدة التقادم ولكن يقتصر أثر النزول في هذه الحالة عما انقضى منها فقط».

وهذا النزول تصرف قانوني بالإرادة المنفردة لا يحتاج إلى قبول. وهذا النزول لا يلزم فيه شكل خاص فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، كأن يعد الحائز بتقديم حساب عن غلة الشيء، أو أن يستأجر الشيء من مالكه.

وإذا كان النزول يتم قبل التمسك بالتقادم، وبالتالي يعتبر إسقاطاً لرخصة التملك بالتقادم لا تصرفاً في الحق. إلا أن المشرع اشترط لصحته أن تتوافر، لمن نزل عنه أهلية التصرف في حقوقه، وذلك على اعتبار أن هذا النزول يعادل في خطورته من الناحية العملية التصرف في حق الملكية».

وإذا كان يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، إلا أن أثر هذا النزول نسبي، فهو لا يتعدى المتنازل نفسه إلى ذوي المصلحة الآخرين الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم. كما أن المادة ٣٨٨/٢ مدني مصري (م ٢٤٦ موجبات وعقود لبناني) قد أجازت، استثناءً، للدائنين أن يطعنوا في النزول عن التقادم من جانب الحائز بالدعوى البوليصية بالرغم من أن هذا التصرف من جانب الحائز ليس تصرفاً مفقراً إذ هو لا ينقص حقوقه المالية، ولا ينشيء التزاماً جديداً، ولكن المشرع رأى أن مثل هذا النزول من جانب الحائز ظاهر العنت بالنسبة لدائنيه.

٣ ـ أثر التمسك بالتقادم:

إذا تمسك الحائز بالتقادم ووجدت المحكمة أن شروطه متوافرة وقضت له بكسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة، فإن ذلك يتم بأثر رجعي من وقت قيام الحيازة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

(أ) كسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة:

إذا حصل التمسك بالتقادم فإن الحائز يكسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة. فالتقادم سبب من أسباب كسب الملكية أو الحق العيني، ولذلك يستطيع الحائز إذا اكتملت مدة التقادم أن يعتبر نفسه مالكاً ويتصرف على هذا الأساس حتى ولو لم يكن قد سبق له التمسك بالتقادم أمام القضاء. وقد جرى العمل في الشهر العقاري على إمكانية تسجيل حق الملكية المكتسب عن طريق التقادم من خلال إجراء التحريات على توافر شروطه وعناصره والإعلان عن ذلك في صحيفتين يوميتين خلال مدة معينة فإذا لم يعترض أحد تم تسجيل حق الملكية المكتسب عن طريق التقادم. كما أن الحائز قد لا يكون في حاجة إلى ذلك ويستمر في ملكيته للشيء إلى أن يرفع عليه المالك الأصلي للشيء دعوى الاستحقاق في هذه الحالة يستطيع أن يدفع بالتقادم كما أنه يستطيع عند اعتداء الغير على حقه وإغتصاب الشيء منه، أن يرفع دعوى الاستحقاق حيث يتمسك بأنه تملك هذا الشيء بالتقادم.

ويتحدد مدى ما يكسبه الحائز من حق بحسب ما وردت عليه الحيازة. فمن حاز جزء من عقار لا يكسب سوى ملكية هذا الجزء، ومن حاز حق استعمال أو حق انتفاع لا يكسب بالتقادم سوى هذا الحق محل الحيازة، ومن فتح مطلاً على ملك الجار دون مراعاة المسافة القانونية طوال المدة اللازمة للتقادم، كان الارتفاق بالمطل الذي يكسبه مقيداً بمقدار ما فتحه من نوافذ طوال هذه المدة، فلا يجوز له أن يفتح نوافذ جديدة أو يزيد من اتساع النوافذ الموجودة». وفي التقادم الخمسي يتحدد الحق الذي يكسبه الحائز كذلك بالسبب الصحيح فمن اشترى عقاراً من غير مالك وكان حسن النية ثم وضع يده على مساحة أكبر مما اشتراها فلا يتملك بالتقادم الخمسي إلا الجزء الذي اشتراه فقط، ولا يكسب الجزء الزائد إلا بالتقادم الطويل إذا توافرت شروطه».

- التكاليف العينية المحمل بها الشيء:

القاعدة: في هذا الصدد أن الحائز يكسب الحق بالحالة التي كان عليها

وقت بدء سريان التقادم فإذا كان المالك الأصلي قد رتب على الشيء قبل هذا الوقت حقوقاً عينية أصلية، كالانتفاع أو الارتفاق، فالأصل أن تبقى هذه الحقوق قائمة بعد تمام التقادم، ويكسب الحائز ملكية الشيء محملاً بهذه الحقوق، هذا كله ما لم تكن هذه الحقوق قد سقطت بعدم الاستعمال أو اكتسبت ذاتها بالتقادم المكسب القصير.

كما أنه إذا كان المالك الأصلي قد رتب على الشيء قبل بدء سريان التقادم، الطويل أو القصير، حقاً عينياً تبعياً أو ترتب الحق ضده، كالرهن والاختصاص والامتياز، فإن هذا الحق يبقى قائماً لا يتأثر بالتقادم المكسب بحيث يتملك الحائز الشيء محملاً بالحق، إلا إذا كان هذا الحق قد انقضى وفقاً للقواعد العامة في انقضاء الحقوق العينية التبعية».

(ب) كسب الملكية أو الحق العيني بأثر رجعي:

إذا كسب الحائز الملكية أو الحق العيني بالتقادم كان ذلك بأثر رجعي، حيث يعتبر الحائز مالكاً من الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم وليس من الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم». وذلك احتراماً للأوضاع المستقرة وحمايتها، وهذا يسري بالنسبة للتقادم الطويل والتقادم القصير على السواء.

ويترتب على الأثر الرجعي لاكتساب الملكية أو الحق العيني نتيجتان:

الأولى: من حيث ملكية الثمار التي أنتجها الشيء خلال مدة التقادم، فإن الحائز يكتسبها بصفته مالكاً لا على أساس أنها نتجت وهو حائز. ويترتب على ذلك اختلاف في الأحكام بين تملكها باعتباره مالكاً وتملكها باعتباره حائزاً. فنتيجة الأثر الرجعي يستحق الحائز هذه الثمار، باعتباره مالكاً لا حائزاً، سواء قبضها فعلاً أو لم يقبضها وسواء كان حسن النية أو سيء النية وقت القبض، أما بالنسبة للحائز فإنه لا يستحق من الثمار إلا ما قبضه وهو حسن النية.

الثانية: من حيث الحقوق العينية التي رتبها الحائز على الشيء خلال مدة التقادم والتي رتبها المالك الأصلي خلال هذه المدة. نتيجة للأثر الرجعي تكون

الأولى صحيحة باعتبارها صادرها من مالك. وتعتبر الثانية غير نافذة في حق الحائز باعتبارها صادرة من غير مالك.

ـ أثر التملك بالتقادم على الدعاوى الشخصية:

وهنا يجب أن نفرق بين نوعين من الدعاوى الشخصية:

ـ الدعاوى الشخصية ضد سند من تصرف في الشيء إلى الحائز:

في التقادم الخمس، قد يكون المتصرف في الشيء إلى الحائز هو نفسه حائزاً عرضياً له بوصفه مستأجراً أو وكيلاً أو مودعاً لديه أو غير ذلك، فيكون ملزماً برد الشيء إلى المالك بمقتضى العقد المبرم بينهما، فلا يحول التقادم دون بقاء المتصرف في مثل هذه الحالات ملزماً برد الشيء إلى المالك. وقد يكون سند ملكية المتصرف في الشيء إلى الحائز مشوباً بما يجعله باطلاً أو قابلاً للإبطال أو الفسخ أو نحو ذلك. ولا يحول التقادم أيضاً في مثل هذه الحالات دون بقاء حق المالك في الرجوع على المتصرف إلى الحائز، فيؤدي هذا الرجوع إلى إلغاء سند المتصرف، يترتب على ذلك: إذا لم يكن التقادم قد اكتملت مدته يستطيع المالك أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز لاسترداد الشيء منه. أما إذا صار الحائز مالكاً بالتقادم المكسب، فإنه يصبح في مأمن من دعوى الاستحقاق هذه، حيث يحول التقادم دون هذا الاستحقاق، ولا يبقى أمام المالك الأصلي إلا الرجوع بالتعويض على المتصرف».

ـ الدعاوى الشخصية ضد الحائز:

هذه الدعاوى تتعلق بسند الحائز نفسه ـ ويحكمها مبدأ بسيط أنه لا يجوز للحائز أن يتمسك بالتقادم إلا في مواجهة الغير، وعلى ذلك لا يجوز له أن يتمسك بالتقادم ضد من تصرف له في الشيء أو دائنيه حيث يحكم العلاقة بينهما التصرف الصادر إلى الحائز.

وبناءً على ذلك الدعاوى الشخصية التي تقام ضد المتصرف والحائز على أساس سند الحائز، كالدعوى البوليصية التي يرفعها الدائن على المدين المتصرف ومن صدر له التصرف (الحائز) كي يصل إلى عدم نفاذ التصرف في

حقه، فلا يجوز للحائز أن يدفعها بالتقادم الخمسي.

وكذلك الحال إذا كان التصرف الذي تلقى به الحائز الحق الذي يحوزه مشوباً بما يجعله قابلاً للإبطال أو الفسخ، فإن الدعاوى التي تكون للمتصرف أو دائنيه بناءً على هذه الأسباب لا تسقط إلا بالتقادم الخاص بها». فإذا لم تكن قد تقادمت جاز رفعها على الحائز رغم كسبه الحق بالتقادم. ومقتضى هذا أنه إذا نجح المتصرف في دعواه الشخصية ضد الحائز، استطاع أن يسترد منه الشيء رغم كسبه الحق بالتقادم المكسب لأنه لا يجوز التمسك بالتقادم في مواجهته. وكذلك الأمر بالنسبة للدعوى الشخصية التي يباشرها أحد دائني المتصرف نيابة عنه ضد الحائز. ويستطيع المالك الأصلي بوصفه دائناً للمتصرف أن يباشر الدعوى الشخصية ضد الحائز نيابة عن المتصرف، فإذا نجح في هذه الدعوى أمكنه أن يسترد الشيء من هذا الطريق رغم أن الحائز قد كسب الملكية بالتقادم».

المطلب الثاني: تملك المنقول بالحيازة

ـ قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز:

تنص المادة ٩٧٦ مدني على أنه «١ ـ من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته» «٢ ـ فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها» «٣ ـ والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك».

وتنص المادة ١/٣٠٦ أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه «حيازة المنقول بحسن نية وبصورة علنية وهادئة وخالية من الالتباس، حجة قاطعة على ملكيته لا يصح دحضها بأي دليل».

وهذه القاعدة ذو شقين:

الشق الأول: أن الحيازة في المنقول بسبب صحيح وحسن نية تكسب الملكية أو الحق العيني.

الشق الثاني: تؤدي هذه القاعدة إلى إسقاط التكاليف والقيود العينية.

فالحيازة في المنقول سند الحائز، أي سنده فيما يدعيه في الأمرين.

والحيازة في المنقول ترتب أثرها في الحال والهدف من ذلك حماية من يتعامل في المنقول مع غير صاحب الحق بحسن نية أي يجهل أنه يعتدي على حق الغير، وذلك حتى تستقر المعاملات. فالمنقول بحكم طبيعته ينتقل بسهولة من يد إلى يد. ومن يتعامل بشأن المنقول، كمن يشتريه أو يرتهنه، لا يعني بالتحقق من سند المالك اكتفاء بحيازته له وبالثقة التي يضعها في المتصرف، ولو تطلبنا منه أن يتحقق من ملكية المتصرف لاقتضى هذا منه وقتاً لا تتحمله سرعة التعامل في المنقول مما يؤدي إلى شل حركة التعامل». ولاحترام هذه الثقة المشروعة ولاستقرار المعاملات جعل المشرع الحيازة في المنقول سند الحائز.

وسنعرض الآن لشقي القاعدة، كسب الحق، وسقوط التكاليف والقيود العينية، وفي النهاية نعرض للاستثناء الخاص باسترداد المنقول إذا كان مسروقاً أو ضائعاً.

أولاً: الأثر المكسب: كسب الملكية أو الحق العيني:

ويشترط لترتب الحيازة في المنقول أثرها الفوري في كسب الملكية أو الحق العيني ثلاثة شروط: الحيازة، والسبب الصحيح، وحسن النية.

١ ـ الحيازة:

يجب أن تكون حيازة المنقول حيازة قانونية، بعنصريها المادي والمعنوي، وأن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب، الإكراه والخفاء واللبس أو الغموض على النحو السابق بيانه. وسوف نعرض لنطاق هذه الحيازة من حيث المنقولات التي ترد عليها، ومن حيث الحقوق التي يظهر بها الحائز على المنقول.

(أ) نطاق الحيازة من حيث المنقولات التي ترد عليها:

وسنعرض هنا للأصل، ثم بعد ذلك للاستثناءات الواردة عليه.

١ ـ الأصل أن كل المنقولات التي يصح أن ترد عليها الحيازة تنطبق عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. وهي تشمل المنقولات المادية التي يجوز التعامل فيها، والتي يجوز تملكها بالتقادم، والتي يكون الواحد منها محل حيازة على انفراد، كالآلات وقطع الأثاث والحيوانات، وعلى ذلك لا تنطبق القاعدة في خصوص المنقولات الآتية:

ـ المنقولات غير المادية، من أمثلتها سندات الديون والأوراق التجارية التي لا ينتقل الحق الثابت فيها إلا بالحوالة أو التظهير أو القيد في الدفاتر. ويستثنى منها السندات لحاملها فهي تأخذ حكم المنقول المادي (م ١/٩٧٦ مدني).

ـ والحقوق المعنوية، كحق المؤلف، والمخترعات والمصنفات الفكرية.

ـ المنقولات المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية ملكية عامة كأسلحة الجيش والشرطة والقطع الأثرية وكتب المكتبات العامة. وكذلك المنقولات المعتبرة من الأموال الخاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو من أموال الأوقاف، وهي وإن كان يصح أن تكون محلاً لملكية خاصة، إلا أن لا يجوز تملكها أو كسب حق عيني عليها بالتقادم.

ـ المنقولات المكونة لمجموعة، سواء مكونة لمجموعة قانونية كالشركة، أو مكونة لمجموعة واقعية كالمحل التجاري.

٢ ـ الاستثناء يتعلق بالمنقولات المادية والتي تصح حيازتها ومع ذلك لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول وتشمل ما يلي:

ـ المنقولات التي يستلزم القانون في شأنها إجراءات شهر معينة، كالسفن والطائرات.

- المنقولات التي يرد التعامل عليها باعتبارها تابعة لعقار، مثل ذلك العقارات بالتخصيص.

- لا يكفي لحيازة الحكمية للتمسك بالقاعدة، فمن اشترى منقولاً من غير مالكه، وتركه وهو حسن النية لدى البائع على سبيل الإيجار أو الوديعة لا يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول. أما الحيازة الرمزية كتسليم المشتري مفتاح الخزانة التي بها المنقول، أو تسلم المشتري سندات الشحن والخزن أو الإيداع التي تمثل البضاعة يذهب بعض الفقهاء، بحق، إلى أن المشتري يستطيع أن يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة مالكها قبل أن يتسلم البضاعة، لكن عند التنازع بين من تسلم المستندات ومن تسلم البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الذي يتمسك بالقاعدة هو من تسلم البضاعة.

(ب) من حيث الحقوق التي يجوز كَسبها على المنقول بمقتضى القاعدة:

تشمل الحقوق العينية التي يمكن أن ترد على المنقول وتقتضي أن يكون المنقول في حيازة صاحبها. وعلى ذلك فإنه يمكن كسب حق الملكية وحق الانتفاع أو الاستعمال، وحق الرهن الحيازي بمقتضى هذه القاعدة، وحقوق الامتياز التي تقوم على فكرة الرهن الضمني وهي حق امتياز مؤجر العقار وحق امتياز صاحب الفندق وذلك حسب الرأي السائد في الفقه.

٢ ـ السبب الصحيح:

ويراد بالسبب الصحيح هنا نفس المعنى الذي سبق أن رأيناه بصدد التقادم الخمسي ونحيل إليه. مع ملاحظة بعض الفروق الجوهرية:

١ ـ أن السبب الصحيح بصدد القاعدة لا يشترط، بداهة، تسجيل التصرف لأن التصرف في المنقول من شأنه نقل الحق لو صدر من المالك دون تسجيل.

٢ ـ أن السبب الصحيح في القاعدة قد افترض المشرع وجوده (م ٩٧٦/ ٢) وبالتالي لا يلزم إثباته كما هو الشأن في التقادم الخمسي.

ومن أمثلة السبب الصحيح، أن يبيع المالك المنقول ولا يسلمه إلى المشتري الذي أصبح مالكاً له بالبيع ثم يبيع البائع المنقول إلى مشتر ثان ويسلمه فيعتبر حق البيع الأخير سبباً صحيحاً للمشتري الثاني. وكذلك إذا باع المنقول وسلمه ثم أبطل سند ملكيته أو فسخ نتيجة الأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ يعتبر البيع صادراً من غير مالك ويصلح سبباً صحيحاً يتمسك به المشتري».

في القانون اللبناني: في القانون اللبناني لم يرد ذكر للسبب الصحيح في نص المادة ١/٣٠٦ أصول محاكمات مدنية. وبذلك يكون السبب الصحيح عنصراً داخلاً في تكوين حسن النية، بمعنى أن حسن النية لدى الحائز ينطوي على اعتقاده بأن سلفه مالك وإن الحق قد انتقل إليه من هذا السلف بموجب سبب صحيح. فلا يلزم أن يكون للسبب الصحيح وجود حقيقي مستقل عن حسن النية، ومن ثم يصح أن يكون سنداً باطلاً أو سنداً ظنياً، ما دام الحائز يعتقد أن هناك سبباً صحيحاً».

٣ ـ حسن النية:

والمقصود بحسن النية هو نفس المعنى الذي سبق أن رأيناه بصدد التقادم الخمسي. وهو أن يجهل الحائز أنه يعتدي على حق الغير أي أنه يعتقد أنه تلقى الحق من مالك، وهذا هو المعيار الشخصي وبشرط ألا يكون جهله ناشئاً عن خطأ جسيم وهذا هو معيار موضوعي (م ٩٦٥/ ١)» وينتفي حسن النية إذا كان الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه (م ٩٦٦/ ٢).

والوقت المعتبر في توفر حسن النية هو وقت الحيازة (م ٩٧٦/ ١ مدني). فإذا كان الحائز حسن النية وقت الشراء (وقت تحقق السبب الصحيح) ثم أصبح سيء النية بأن علم بأن البائع ليس هو المالك قبل أن يتسلم المبيع فإنه لا يتملك المنقول بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول. لكن إذا كان حسن النية وقت تسلم المنقول فيتملكه بمقتضى هذه القاعدة ولا أثر لسوء النية الطارىء بعد ذلك.

وحسن النية يفترض توافره لدى حائز المنقول. إلى أن يقوم الدليل على العكس (م ٩٦٥/ ٣، ٩٧٩/ ٣ مدني). فيكفي أن يكون للشخص حيازة المنقول

حتى يفترض أنه يحوز بناءً على سبب صحيح وبحسن نية وعلى من يدعي عكس ذلك إقامة الدليل.

- وبمجرد أن يتوافر للقاعدة هذه الشروط فإن الحائز يكسب الملكية أو الحق العيني فور حيازته للمنقول. وبالتالي يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق من جانب المالك الأصلي بهذه القاعدة، وكذلك يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق في حالة اعتداء الغير على حيازته واغتصابه المنقول منه ويتمسك في إثبات ملكية بهذه القاعدة.

على أن الحائز يتمسك بهذه القاعدة في مواجهة الغير. وبالتالي لا يستطيع أن يحتج في مواجهة من تصرف له في المنقول أو دائنيه. وعلى ذلك إذا كان لمن تصرف له دعوى شخصية ضد الحائز كدعوى المطالبة بالثمن أو دعوى إبطال التصرف أو فسخه فلا يستطيع أن يدفع الحائز في مواجهة بهذه القاعدة، بحيث لو ترتب على رفع هذه الدعوى زوال سند الحائز فإن من تصرف إليه يستطيع أن يسترد المنقول ولا يملك الحائز أن يدفع في مواجهة بهذه القاعدة.

ثانياً: الأثر المسقط للتكاليف والقيود العينية المحمل بها المنقول:

والقاعدة أنه «إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها» (م ٩٧٦ مدني).

وعلى ذلك فإن الأثر الثاني لقاعدة الحيازة في المنقول يتمثل في أنه إذا كان المنقول محملاً بتكليف عيني، كحق انتفاع أو استعمال أو رهن حيازي أو امتياز، ولكن الحائز تلقاه باعتباره خالياً من هذه التكاليف وكان حسن النية أي لا يعلم بوجودها فإنه يكسب الملكية خالصة منها.

ويشترط لتحقق هذا الأثر، بالإضافة إلى شرط الحيازة، توافر السبب الصحيح، وحسن النية. ويقصد بالسبب الصحيح هنا. تصرف قانوني ناقل للملكية لم يذكر فيه ما يثقل المنقول من تكليف أو قيد حتى ولو كان هذا التصرف صادراً من المالك نفسه، ويقصد بحسن النية نفس المعنى السابق بيانه.

وقد يترتب الأثر المسقط والأثر المكسب في نفس الوقت، كما لو تلقى الحائز المنقول من غير مالك باعتباره خالياً من التكاليف، لأنه لم يرد ذكر فيما بينهما لشيء من ذلك، ولكن المنقول كان في الواقع محملاً بحق رهن للغير، في هذه الحالة يكسب الحائز ملكية المنقول خالصة من حق الرهن إذا كان حسن النية سواء بالنسبة للملكية أو حق الرهن، أي يعتقد أن المتصرف مالك وكان يجهل في الوقت ذاته أن المنقول مرهون».

وقد يترتب الأثر المسقط وحده، وذلك إذا تلقى الحائز من مالكه باعتباره خالياً من التكاليف، وكان المنقول في الواقع محملاً بتكليف للغير. مثال ذلك أن يبيع المالك المنقول ويسلم إلى المشتري قبل أن يدفع الثمن فيكون للبائع على المنقول حق امتياز البائع ليضمن الوفاء بالثمن، ثم يبيع المشتري المنقول الذي تملكه دون أن يذكر في البيع شيئاً عن حق الامتياز أو عدم استيفاء البائع الأول للثمن، ويتسلم المشتري الثاني المنقول وهو يجهل حق البائع الأول، ففي هذه الحالة يتملك المشتري الثاني بمقتضى عقد البيع ولكن حق امتياز البائع الأول يسقط بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول».

وقد طبق المشرع القاعدة الخاصة بالأثر المسقط لحيازة المنقول في خصوص الرهن الحيازي م ١١١٨/ ٢ مدني. وفي خصوص حق الامتياز م ١١٣٣/ ١ مدني مصري. وطبق هذا الحكم على امتياز المؤجر (م ١١٤٣/ ٢) وامتياز صاحب الفندق (م ١١٤٤/ ٢).

ثالثاً: الاستثناء: استرداد المنقول المسروق أو الضائع:

تنص المادة ٩٧٧ مدني على أنه «١ ـ يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة» «٢ ـ فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه» (م ٣٠٦/ ١، م ٣٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية).

رأينا أن من يحوز المنقول بسبب صحيح وحسن نية يتملكه في الحال، وبالتالي لا يجوز للمالك الحقيقي أن يسترده منه. ولكن هذه النصوص تضمنت استثناءً على هذه القاعدة تخول للمالك الأصلي حق استرداد المنقول من الحائز خلال مدة ثلاث سنوات. وبالتالي فهذا الاستثناء يعطل أثر القاعدة تعطيلاً مؤقتاً. وهذا الاستثناء محكوم بعلته وهو خروج المنقول من يد مالكه نتيجة سرقته أو فقده، أي خرج دون رضاه أي أن المالك لم يسهم في خلق المظهر الخارجي الذي انخدع به الحائز وهو وجود المنقول في يد غير المالك. وهذا هو الاعتبار الذي جعل المشرع يرجح مصلحة المالك على مصلحة الحائز.

وسنعرض لشروط هذا الاستثناء، والآثار التي تترتب عليه.

١ ـ شروط استرداد المنقول المسروق أو الضائع:

يلزم لاسترداد المنقول من الحائز توافر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المنقول مسروقاً أو ضائعاً:

ويراد بالسرقة في هذا الصدد معناها الحقيقي الذي ينص عليه قانون العقوبات، وهي اختلاس منقول مملوك للغير (م ٣١١ عقوبات مصري، ٦٢٠ عقوبات لبناني). فلا يجوز القياس عليها. ولكن حق الاسترداد لا يتوقف على قيود أو شروط قانون لعقوبات، بمعنى أنه يجوز الاسترداد في جميع حالات السرقة، فلا أهمية إذا كان القانون يعفي السارق من العقاب، في بعض الحالات، أو يجعل العقاب متوقفاً على طلب المجني عليه.

ويراد بضياع المنقول فقده بدون قصد ويستوي في ذلك أن يكون خروج المنقول من يد الحائز نتيجة قوة قاهرة أو لمجرد الإهمال. ويقع على المسترد عبء إثبات السرقة أو الضياع.

الشرط الثاني: أن يكون المنقول في يد حائز له بحسن نية وسبب صحيح:

فهذا الحائز هو الذي يعتبر جواز استرداد المنقول منه استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول وهو الذي يستفيد من أحكام هذا الاستثناء فما يتعلق بالمدة التي يجب أن ترفع دعوى الاسترداد خلالها، وفيما يتعلق بحقه في اقتضاء الثمن

الذي دفعه ممن يسترد المنقول. في حالات معينة.

أما بالنسبة للسارق أو عثر على المنقول الضائع، أو الحائز سيء النية الذي اشترى منهما المنقول وهو يعلم أنه مسروق أو ضائع فإن المالك لا يتقيد في مواجهتهم بأحكام هذا الاستثناء وإنما يرجع عليهم طبقاً للقواعد العامة. فيجوز للمالك أن يرفع دعوى الاستحقاق عليهم لكي يسترد المنقول وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم. ولا يستطيع هؤلاء تملك المنقول إلا بالتقادم الطويل.

الشرط الثالث: أن ترفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات:

يجب لاسترداد المنقول ممن يحوزه بحسن نية وسبب صحيح أن ترفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ـ وهذه المدة ميعاد سقوط يجب أن يتم الاسترداد خلالها وإلا سقط الحق في الاسترداد. وفي هذه الحالة يجري حكم قاعدة الحيازة في المنقول فيصبح الحائز مالكاً بمقتضى هذه القاعدة.

٢ ـ آثار هذا الاستثناء:

الأثر المباشر لهذا الاستثناء هو حق المالك في استرداد المنقول من أي شخص يحوزه بحسن نية وسبب صحيح. حيث يستوي أن يكون الحائز الذي يباشر في مواجهته الاسترداد أن يكون قد تلقى المنقول مباشرة من السارق أو ممن عثر عليه أو يكون قد تلقاه من شخص آخر سبق له أن تعامل مع السارق أو من عثر عليه.

ـ يترتب على هذا الاسترداد أن يكون للحائز حق في الرجوع على من تصرف إليه طبقاً للقواعد العامة. فإذا كان قد اشترى المنقول أمكنه أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق.

ـ وقد أعطى القانون للحائز حق في استرداد الثمن من المالك إذا كان ١ ـ اشترى الشيء المسروق أو الضائع بحسن نية من سوق أو مزاد علني. ٢ ـ أو اشتراه ممن يتجر في مثله، وبالتالي يكون للحائز أن يحبس المنقول

تحت يده إلى أن يسترد الثمن الذي دفعه.

- **في هذه الحالات يكون للمالك أن يرجع بالثمن الذي دفعه على السارق** أو من عثر على المنقول أو الحائز الذي تلقى من أيهما المنقول بسوء نية طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. ولكن لا يجوز له أن يرجع بالثمن الذي دفعه على حائز سابق حسن النية لم يكن له أن يتمسك بحكم النص المذكور.

المطلب الثالث: تملك الثمار بالحيازة

إذا لم تؤدي الحيازة إلى كسب الحق، واسترد المالك الشيء من الحائز، فقد يترتب على الحيازة أن يكسب الحائز كل أو بعض الثمار التي أنتجها الشيء أثناء حيازته.

وقد نصت المادة ٩٧٨/ ١ مدني على أنه «يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية» (م ٢١٦ ملكية عقارية في خصوص الإلحاق تطبيق للقاعدة العامة).

أولاً: شروط كسب الثمار بالحيازة:

يتضح من نص المادة ٩٧٨/ ١ مدني أنه يجب توافر شرطان لكسب الثمار بالحيازة:

١ - **الحيازة**: يجب لكسب الثمار بالحيازة أن تتوفر للحائز حيازة قانونية بعنصريها المادي والمعنوي على النحو السابق بيانه. حيث يتعين أن يكون الحائز حائزاً للشيء بنية التملك، أو يكون حائزاً لحق عيني على الشيء يخوله الحق في الثمار كحق الانتفاع أو الاستعمال. أما الشخص الذي يرتب له المالك حقاً عينياً على الشيء يخوله الحصول على الثمار فإن كسب الثمار يكون بمقتضى العقد.

٢ - **حسن النية**:

وحسن النية هنا بنفس المعنى الذي سبق أن تعرضنا له بصدد التقادم

الخمسي. وهو أن الحائز يجهل أنه يعتدي على حق الغير، أي أنه يعتقد أنه مالك للشيء أو أنه صاحب حق عليه يخوله الحصول على الثمار، بشرط ألا يكون جهله ناشئاً عن خطأ جسيم. وينتفي حسن النية إذا كان الحائز قد اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره (٩٦٦/ ٢ مدني).

والوقت المعتبر لحسن النية هو وقت قبض الثمار (م ٩٧٨/ ١ مدني) وحسن النية مفترض إلى أن يقوم الدليل على العكس.

ثانياً: آثار كسب الثمار بالحيازة:

تنص المادة ٩٧٨/ ٢ مدني على أن «والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها. أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً». ويتضح من ذلك أنه يجب التفرقة بين الثمار الطبيعية والمستحدثة من ناحية، والثمار المدنية من ناحية أخرى.

١ ـ بالنسبة للثمار الطبيعية والمستحدثة. فإن الحائز لا يكسب من الثمار إلا ما قبضه منها وهو حسن النية. فهذه الثمار تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، كجني القطن، أو حصد القمح وقطف الثمار، ويتم هذا الفصل بعمل يصدر من الحائز أو أحد تابعيه.

٢ ـ أما بالنسبة للثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً. فإذا كان الحائز قد أجر العقار الذي يحوزه، فإنه يستحق الأجرة عن المدة التي كان خلالها حسن النية، حتى ولو لم يكن استوفاها أما الأجرة التي تستحق عن المدة التي كان خلالها سيء النية، فلا تكون من حقه، حتى لو كان قد استوفاها مقدماً».

والحائز حسن النية حين يقبض الثمار فيكسبها فلا يحق له بطبيعة الحال أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها. أما الثمار التي لم يكسبها لأنه لم يقبضها، فيجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها.

وينتهي حق الحائز في كسب الثمار، حين يزول حسن النية لديه وتنص المادة ٩٦٦/ ١ مدني على أن «لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداءً على حق الغير» وبذلك يكون سوء

النية الطارىء أثناء الحيازة يحول دون كسب الثمار التي تقبض بعد ذلك. كما يزول حسن النية لديه من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى (م ٩٦٦/ ٢) فالمالك الذي يرفع دعوى الاستحقاق يكون له الحق في الثمار من يوم رفع الدعوى.

- مسؤولية الحائز سيء النية عن الثمار:

تنص المادة **٩٧٩** مدني على أنه «يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي يقصر في قبضها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار».

فالحائز سيء النية يلتزم منذ البداية برد الثمار التي أنتجها الشيء طوال مدة الحيازة. وإذا كان أصبح سيء النية أثناء الحيازة التزم برد الثمار من الوقت الذي أصبح فيه كذلك، ويعتبر حتماً سيء النية من وقت رفع الدعوى عليه.

وتمتد مسؤولية الحائز سيء النية عن الثمار لتشمل الثمار التي قبضها والثمار التي قصر في قبضها، في مقابل ذلك يجوز للحائز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار.



الفصـل الخـامس

الميـراث والوصيـة

الميراث هو انتقال المال من ذمة شخص توفى إلى ذمة شخص حي أو أكثر. ففيه يخلف الوارث المورث في ماله وذلك بناءً على واقعة مادية وهي الموت. والاستخلاف يتم في هذه الحالة بقوة القانون. ويعتبر الوارث خلفاً عاماً سواء كان يخلف السلف في كل التركة أو حصة منها.

أما الموصى له فإنه لا يعتبر خلفاً عاماً إلا إذا كان موصى له بحصة معينة في التركة، أما إذا كان موصى له بعين معينة فإنه يكون خلفاً خاصاً في خصوص هذه العين.

المبحث الأول: الميراث

- الحقوق المالية التي تنتقل بالميراث:

تنتقل إلى الوارث بطريق الميراث جميع حقوق التركة، وهي الحقوق المالية التي كانت للمورث، سواء كانت حقوقاً عينية أو شخصية.

ويستثنى من ذلك الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية والتي تنقضي بالموت، كحق الانتفاع وحق الاستعمال والسكـن.

- شهر حق الإرث:

تنص المادة ١٣ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق» «ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة».

ويتم التقدم بطلب شهر حق الإرث من الوارث أو من يقوم مقامه وكذلك من جانب كل ذي شأن (م ٤٨ من قانون الشهر العقاري).

في القانون اللبناني: تنص المادة ٢٠٤/ ٢ ملكية عقارية على أن «كل من يكتسب عقار بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم فهو مالك قبل التسجيل، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل».

وتنص المادة ٢٢٩ ملكية عقارية على أنه «يكتسب الوارث بطريق الوراثة العقارات الواقعة في التركة، غير أنه لا يمكنه التصرف بها تجاه الغير إلا بعد تسجيلها في السجل العقاري».

وتنص المادة ١/٨٥ معدلة من القرار رقم ١٨٨ الصادر في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري على أنه «لا يمكن تسجيل الحقوق العينية العقارية الناتجة عن إرث على أسماء الورثة إلا إذا أبرز المستدعون، تأييداً لطلبهم، علاوة على الحجة بوفاة مورثهم، إذا كان الإرث بدون وصية، شهادة تثبت هويتهم وحقهم في الميراث».

وهذه الأحكام تتفق في جملتها مع أحكام القانون المصري، ولكن مما تجدر الإشارة إليه أن أموال التركة تنتقل إلى ذمة الوارث فور وفاة المورث دون حاجة إلى أي إجراء كي يتم الانتقال وذلك في القانون المصري والقانون اللبناني، حتى لا تصبح عقارات التركة بدون صاحب في الفترة ما بين موت المورث وتمام التسجيل. والجزاء الذي يترتب على عدم شهر حق الإرث هو عدم جواز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من الحقوق العينية العقارية التي تشتمل عليها التركة.

أولاً: المركز القانوني للوارث:

- استقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث:

تعتبر شخصية الوارث مستقلة تماماً عن شخصية المورث. وأن أموال التركة تنتقل إلى الوارث بمجرد موت المورث، إلا أنها تكون محملة بحقوق دائني المورث، بحيث ينحصر ضمان هؤلاء الدائنين في تلك الأموال، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة ولو كانت أموال التركة لا تكفي للوفاء بديونهم.

ثانياً: حقوق دائني المورث:

- حماية دائني المورث من مزاحمة دائني الوارث:

يترتب على استقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث أن ينحصر

ضمان دائني المورث في أموال تركته، فلا يجوز لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة ولو كانت أموال التركة لا تكفي للوفاء بديونهم.

ويقابل ذلك أن تحمل أموال التركة بحق عيني تبعي لصالح الدائنين العاديين بمقتضى القانون يترتب عليه أن دائني الوارث لا يستطيعون مزاحمة دائني المورث في اقتضاء حقوقهم من هذه الأموال.

ـ حماية دائني المورث من تصرف الوارث:

يترتب على تملك الوارث لأموال التركة المدينة من وقت الوفاة أن يكون في استطاعته من هذا الوقت التصرف في تلك الأموال، حيث يقع تصرفه صحيحاً باعتباره صادراً من مالك ويترتب على ذلك أن يقوم تعارض بين مصلحة دائني المورث الذين تعلقت حقوقهم بأموال التركة ومصلحة المتصرف إليه. ولا يكفي لحماية حقوق دائني المورث أن يعترف لهم القانون بحق عيني تبعي على أموال التركة بل يجب أن تنظم الوسيلة التي تكفل لهم الاحتجاج بحقوقهم على من صدر له التصرف. وعلى ذلك يجب أن نفرق بين التصرف في العقار والتصرف في المنقول.

١ ـ التصرف في العقار:

ـ المفاضلة بين حقوق دائني المورث وحقوق المتصرف إليه على أساس الشهر.

القاعدة أنه لا يجوز شهر تصرف يصدر من الوارث في حق عيني على عقار من عقارات التركة إلا إذا تم تسجيل حق الإرث، ومعنى هذا أنه إذا لم يتم تسجيل حق الإرث فلا يستطيع المتصرف إليه أن يتوصل إلى شهر التصرف وبالتالي لا يكسب الحق في مواجهة دائني التركة وإنما يكون بالنسبة إليهم مجرد دائن عادي للوارث.

أما إذا تم تسجيل حق الإرث فإن المتصرف إليه يستطيع أن يقوم بشهر التصرف وبذلك سيكون تعارض بين مصلحة المتصرف إليه من الوارث ومصلحة دائني المورث. وقد نظم القانون أساس معين تقوم عليه المفاضلة بينهما: ـ

- تصرف الوارث في عقارات التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية:

١ - إذا تم التأشير بالدين في خلال سنة من تسجيل حق الإرث (م ٩١٤ مدني، م ١٤ شهر عقاري) في هامش تسجيل حق الإرث صار حقه نافذاً في مواجهة كل من يتلقى من الوارث حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة، ويكون له أن يتتبع العقار فينفذ بحقه عليه في يد المتصرف إليه.

٢ - إذا تم التأشير بالدين بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث، فإن المفاضلة بين المتصرف إليه من الوارث وبين دائن المورث تكون على أساس الأسبقية في الشهر.

- تصرف الوارث في عقارات التركة المدينة التي خضعت لنظام التصفية:

فإن قيد الأمر الصادر من المحكمة بتعيين المصفي يقوم مقام تأشير الدائن بدينه في هامش تسجيل حق الإرث. ويطبق نفس القواعد السابقة. (انظر في القانون اللبناني م ١٣٨ ملكية عقارية ومادة ١٣٩ ملكية عقارية).

٢ - التصرف في منقول:

المفاضلة بين حقوق دائني المورث وحق المتصرف إليه على أساس قاعدة الحيازة في المنقول.

فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى المنقول من الوارث وهو لا يعلم أنه من أموال تركة لم تسدد ديونها فإنه يكون حسن النية، ومن ثم ينطبق في شأنه قاعدة الحيازة في المنقول من حيث أثرها المسقط، وفي هذه الحالة يكسب ملكية المنقول خالصة من الحق العيني التبعي الذي كان يثقله لصالح الدائنين، فلا يكون لهؤلاء أن يحتجوا عليه بحقوقهم.

وقد نظم القانون سداد ديون التركة، وتصفيتها وتسليم الأموال وقسمتها وهي أحكام تفصيلية لا مجال للخوض فيها حيث أن طبيعة المقرر لا تسمح بذلك. فنحيل فيها إلى المراجع المتخصصة في ذلك.

المبحث الثاني: الوصية

الوصية، تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت (م ١ من قانون الوية) فأثر الوصية لا يترتب في حياة الموصى وإنما بعد موته.

والوصية، كالميراث تعتبر سبباً لكسب الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها. ولكن سنقصر دراستنا على الوصية كسبب لكسب حق الملكية، على أساس أن ما يقال عن الملكية يصدق على الحقوق الأخرى.

أولاً: انتقال الملكية بمجرد موت الموصي:

الوصية تصرف قانوني بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت. فلا يترتب عليها أثرها إلا بعد موت الموصي. وبالتالي تتم الوصية دون التوقف على قبول الموصى له. ولكن قبول الموصى له يعتبر شرطاً للزوم الوصية به يمتنع الرد. (م ٢٠/١ من قانون الوصية) وهذا ما أخذ به قانون الإرث لغير المحمدين (م ٧٧). والوصية تصرف غير لازم بالنسبة للموصي فيجوز له الرجوع عنها كلها أو بعضها صراحة أو دلالة (م ١٨ من قانون الوصية).

وتنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإن كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة (م ٢/١ من قانون الوصية).

ويترتب على انتقال الملكية إلى الموصي له بمجرد موت الموصي أن يكون للموصي ثمار الموصى به ونماؤه من حين الموت باعتبارهما ثمار أو نماء ملكه.

ثانياً: شهر الوصية:

إذا كان الأصل أن تثبت الملكية للموصى له من وقت وفاة الموصي إلا أنه يجب مراعاة ما يتطلبه قانون الشهر العقاري من ضرورة شهر الوصية حتى تنتقل الملكية بالنسبة للعقار (م ٩ من قانون الشهر العقاري).

وقد يتم تسجيل الوصية حال حياة الموصي ولكن الملكية لا تنتقل إلا إذا مات مصراً عليها، حينئذٍ تنتقل ملكية العقار إلى الموصى له بمجرد الوفاة. والغالب في الحياة العملية أن يتم شهر الوصية بعد وفاة الموصي ويكون ذلك إما بتسجيل المحرر المثبت لها أو الحكم الصادر بصحتها. والأمر يتوقف على كيفية صدور الوصية من الموصي، فإذا كانت الوصية ثابتة في ورقة رسمية أو ورقة عرفية مصدقاً على توقيع الموصي عليها فلا يثير تسجيلها صعوبة. أما إذا كانت الوصية ثابتة في ورقة مكتوبة جميعها بخط الموصي وعليها إمضاءه دون أن يتم التصديق على هذا الإمضاء، فيجب حتى يستطيع الموصى له شهر أن يحصل على إقرار من الورثة بالوصية مع التصديق على توقيعاتهم ثم يسجل هذا الإقرار، فإذا تعذر عليه الحصول على هذا الإقرار فيلجأ إلى القضاء ليستصدر حكماً بصحة الوصية ثم يسجل هذا الحكم. فإذا لم تكن الوصية ثابتة في شيء من ذلك، فإن الأمر يتوقف على إقرار الورثة بها وعندئذٍ يمكن تسجيل الإقرار بعد التصديق على توقيعاتهم.

وقبل تسجيل الوصية يكون العقار، بعد وفاة الموصي، ملكاً للورثة. ولكن الوصية غير المسجلة تلزم الورثة بنقل ملكية العقار إلى الموصى له الذي يعتبر في مركز دائني التركة فيسري عليه ما يسري على الدائنين من حيث أثر التأشير بحقه على هامش تسجيل حق الإرث، وكذلك أثر قيد الأمر بتعيين المصفي على النحو السابق بيانه، لكن هذا لا يمنع من أن ثمار العقار تكون من حق الموصى له من وقت وفاة الموصي لأن الورثة يلتزمون أيضاً بتسليم العقار، والالتزام بالتسليم يشمل العقار وتوابعه.

في القانون اللبناني: يستخلص من نص المادة ١/٢٠٤ ملكية عقارية،

م ٢٢٨ من هذا القانون وكذلك المادة ١١، ٨٥/ ٤ من القرار ١٨٨ الصادر في ١٥ آذار ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري أن يجب شهر الوصية إذ اشتملت عقاراً.

ويترتب على الوصية غير المسجلة الآثار السابق بيانها بصدد القانون المصري.

ثالثاً: الخلافة العامة والخلافة الخاصة للموصى له والقدر الجائز الإيصاء به:

إذا كانت الوصية بحصة من مجموع التركة، فيكون الموصى له خلفاً عاماً للموصي ويكون مركزه كمركز الوارث. أما إذا كانت الوصية بعين معينة أو بحصة شائعة في عين معينة أو بحصة شائعة في نوع من أموال التركة، كان الموصى له خلفاً خاصاً للموصي».

والموصى له يتقدم على الورثة، في استيفاء حقه من أموال التركة بعد الوفاء بالديون، فلا يأخذ الورثة إلا ما بقي من هذه الأموال بعد الوفاء بنفقات تجهيز المتوفى وسداد الديون وإعطاء الموصى له ما يستحقه بموجب الوصية.

ولا تنفذ الوصية في حق الورثة إلا في حدود الثلث وما زاد على ذلك يتوقف على إجازة الورثة.

في القانون اللبناني: حكم الوصية عند أهل الشيعة طبقاً للمذهب الجعفري هو حكم القانون المصري. وعند أهل السنة طبقاً للمذهب الحنفي لا تنفذ الوصية للوارث في حق الورثة إلا بإجازتهم سواء كانت بثلث التركة أم بأكثر منه. وتنفذ للأجنبي في حقهم في حدود ثلث التركة ولا تنفذ فيما زاد على ذلك إلا بإجازتهم. وعند الدروز تنفذ الوصية لوارث ولغير وارث دون قيد (م ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية). وعند غير المسلمين تنفذ الوصية لوارث ولغير وارث في حدود تختلف تبعاً لما إذا ترك الموصي أو لم يترك من أصحاب الحقوق، وهم الفروع والوالدان والزوجان (م ٥٩ ـ ٦٤ من قانون الإرث لغير المحمدين) حيث يقر القانون حرية الإيصاء للوارث ولغير

الوارث بشرط عدم المساس بالحصة المحفوظة لكل من الفروع والوالدين وأحد الزوجين (م ٥٨).

رابعاً: التحايل على أحكام الوصية:

الأصل أن للشخص، ما دام كامل الأهلية متمتعاً بقواه العقلية، حرية التصرف في أمواله، كلها أو بعضها، بعوض أو على سبيل التبرع وذلك في حال حياته ولا سلطان للورثة المحتملين على ذلك، حيث لا يحق لهم الاعتراض على شيء من ذلك. أما حق الشخص في الإيصاء فهو محدود بثلث التركة بحيث لا تنفذ الوصية في حق الورثة فيما يجاوز الثلث إلا بإجازتهم.

وغالباً ما يحدث تحايل على أحكام الوصية بستر الوصية في صورة تصرف منجز حال الحياة أو بستر التبرع الصادر في مرض الموت في صورة معاوضة. فيكون حينئذٍ للورثة أن يثبتوا حقيقة التصرف حتى لا ينفذ في حقهم إلا في حدود ثلث التركة. وتيسيراً على ذوي الشأن في الإثبات وضع المشرع في المادتين ٩١٦، ٩١٧ قرينتين في حالتي التصرف في مرض الموت والتصرف لوارث مع احتفاظ المتصرف بحيازة العين والانتفاع مدى حياته.

فتنص المادة ٩١٦ مدني على أنه «١ ـ كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف».

«٢ ـ وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً».

«٣ ـ وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض المورث، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

ـ وتنص المادة ٩١٧ مدني على أنه «إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك».

تم بحمد الله وفضله

الفهرس

القسم الثاني